

LA SOUSCRIPTION
ET LE VERSEMENT
DANS LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 26 Mai 1939, à 13 h. 30

PAR

MAURICE CONSEIL

Président : M. SOLUS, professeur.

Suffragants { MM. PERCEROU, *professeur.*
ESCARRA, *professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1939

A MES PARENTS

**LA SOUSCRIPTION ET LE VERSEMENT
DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA SOUSCRIPTION
ET LE VERSEMENT
DANS LES
SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 26 Mai 1939, à 13 h. 30

PAR

MAURICE CONSEIL

Président : M. SOLUS, professeur.

Suffragants { MM. PERIEROU, *professeur.*
ESCARRA, *professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

158-160, RUE SAINT-JACQUES

1939



LA SOUSCRIPTION ET LE VERSEMENT DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

INTRODUCTION

La protection de l'épargne est une des idées qui ont été, sur le plan législatif, les plus agitées au cours de ces dernières années.

Et les décrets-lois de 1935 et de 1937, pris en exécution des différentes lois de finances votées pour le redressement financier, démontrent les efforts du législateur pour faire aboutir, sur le plan économique et commercial, cette campagne qui a pris naissance à la suite d'une période de crise financière marquée de nombreux scandales retentissants.

Cette idée certes n'est pas neuve ; mais le législateur a voulu profiter de l'occasion pour réglementer en particulier le domaine des sociétés par actions.

Pour notre part, nous nous proposons d'examiner spécialement dans cette étude la protection de l'épargne sous la forme plus particulière de la protection du souscripteur au moment de son engagement, réforme réalisée principalement par le décret-loi du 31 août 1937 et par divers autres décrets antérieurs.

Mais avant d'aborder l'examen de ce décret, il importe de montrer tout l'intérêt que présente la réforme, en passant en revue les lacunes que présentait le système antérieur des lois du 24 juillet 1867 et du 1^{er} août 1893.

1^o *Cet examen nous montre d'abord que le souscripteur était insuffisamment protégé au moment de son engagement.*

a) Les statuts de la future société n'étaient généralement pas rédigés avant la souscription, et la notice prescrite par la loi du 30 janvier 1907 était encore insuffisante à cet égard.

b) Aucune forme spéciale n'était prescrite pour constater l'engagement du souscripteur ; dans la pratique les fondateurs dressaient des bulletins dans lesquels ils ne faisaient ressortir que les clauses avantageuses à la future société, et, d'autre part, la preuve de la souscription pouvait se faire par tous moyens, tant du côté de la société que du côté du souscripteur.

2° *La sincérité du versement des fonds n'était assurée par aucune règle spéciale. En effet :*

a) Comme nous le verrons, le versement pouvait avoir lieu même après la constitution définitive de la société.

b) Malgré des réactions jurisprudentielles que nous examinerons (pages 142 et suiv.), les modes de versements par virements en banques plus ou moins fictifs, par une compensation réalisée en dehors des conditions légales, etc., étaient couramment admis.

c) La loi ne prévoyait aucun lieu de dépôt obligatoire des fonds versés, ce qui permettait aux fondateurs de faire un dépôt dans une banque quelconque, et quelquefois de faire apparaître un capital social fictif par des jeux d'écritures ou par des sommes louées moyennant une commission souvent fort élevée.

d) Nous verrons également qu'en pratique, le fondateur pouvait retirer les sommes provenant des souscriptions avant la constitution définitive, et les employer à des fins inutiles pour la société ou même les détourner.

3° Enfin, la vérification de la réalité et de la sincérité des souscriptions et des versements était illusoire, le notaire chargé de vérifier la déclaration prescrite par l'article 1^{er} de la loi de 1867 ayant un rôle absolument passif.

A ce sujet, une comparaison avec les législations des pays voisins, nous montrera encore davantage tout l'intérêt et toute la nécessité d'une réforme sur ces différents points. Notre examen portera principalement sur les lois anglaise de 1929, italienne de 1925, allemande de 1937, suisse de 1936.

1° *Dans toutes ces législations, nous constatons tout*

d'abord que le texte des statuts doit être rédigé et porté à la connaissance du souscripteur avant son engagement.

a) *Le Cy Act du 10 mai 1929* prescrit qu'aucune souscription ne pourra être lancée dans le public sans que la société ait acquis d'abord une existence légale constatée par deux actes constitutifs, le Mémorandum et les Articles¹

Le Mémorandum doit indiquer en particulier : le nom de la société (avec le mot *limited*), si le siège social est en Angleterre ou en Écosse, les objets de la société, le montant du capital avec lequel la société doit être enregistrée, le montant nominal et le nombre des actions. Ce document est signé par sept personnes souscripteurs chacune d'au moins une action.

Quant aux Articles, ce sont les statuts proprement dits, modifiables par une résolution de l'assemblée générale et qui doivent être déposés pour l'enregistrement en même temps que le Mémorandum, après avoir été signés par les signataires de ce dernier document.

Doit être remise en même temps une déclaration formelle d'un « *solicitor of the supreme Court* » ou d'une personne désignée dans les statuts comme secrétaire général ou administrateur de la Compagnie, attestant qu'il a été satisfait aux exigences de la loi.

Toutes ces pièces sont alors déposées auprès d'un fonctionnaire public spécial, « le registrar of companies » qui en constate la remise par la délivrance « d'un certificat d'incorporation » signé par lui, lequel certificat fait preuve absolue qu'il a été satisfait à toutes les prescriptions de la loi : cette présomption couvre toutes les irrégularités antérieures à l'incorporation.

b) *Le projet de Code italien de 1925 (reprenant le Code de 1882* ²) oblige les « *promotori* » à rédiger avant la souscription un « *programma* » indiquant l'objet, le capital social, les

1. André Percerou, Thèse Paris, 1932, *La réforme des sociétés en droit comparé*, p. 199 et ss.

2. Percerou, Thèse précitée, n° 16. Jean-Louis Pahud. *La réforme de la société anonyme dans la législation fasciste*, Thèse, Lausanne, 1925, p. 19.

clauses principales des statuts, la participation qu'ils se réservent dans les bénéfices ; ce programma doit être signé par eux (art. 129).

c) *La loi allemande du 30 janvier 1937*¹ prescrit également avant l'émission des actions (§ 30), la rédaction de deux actes : les statuts (§ 16) et le rapport de fondation (§ 24).

Les statuts doivent être établis par acte dressé en Justice ou par-devant notaire (§ 16, al. 1^{er}). L'acte doit indiquer : le montant nominal, le prix d'émission et, s'il y a plusieurs catégories d'actions, la catégorie des actions souscrites par chacun des participants (al. 2) ; ils doivent mentionner en outre (al. 3) :

- la raison sociale et le siège de la société ;
- l'objet de l'entreprise ;
- le montant du capital social ;
- le montant nominal de chaque action ;
- et la catégorie des différentes actions s'il y en a plusieurs ;
- la nature de la composition de la direction ;
- la forme dans laquelle les publications concernant la société doivent se faire.

Le paragraphe 19 oblige les fondateurs à insérer dans les statuts la mention de tout avantage spécial accordé à certains actionnaires et la désignation de ceux-ci, le total des dépenses qu'entraîneront pour la société les indemnités ou rémunérations dues pour la fondation ; en cas d'apports en nature ou de prise en charge d'établissements pré-existants ou d'autres biens, la nature de l'apport, la personne qui l'apporte, le montant des actions attribuées en échange (§ 20).

Quant au rapport de fondation, il doit exposer les circonstances essentielles dont dépend la fixation des prestations allouées en échange des objets apportés ou pris en charge, les opérations juridiques effectuées antérieurement en vue de l'acquisition de ces objets par la société,

1. *Bulletin de Statistique et de Législation comparée*, n° de janvier 1938, p. 313 et ss.

ainsi que les frais d'achat et d'installation de ceux-ci au cours des deux dernières années, et dans le cas de transfert d'une entreprise à la société, le produit de l'exploitation des deux dernières années d'exercice ; le rapport indiquera en outre si et dans quelle mesure, lors de la fondation, des actions ont été souscrites pour le compte d'un membre du Conseil de surveillance ou de la direction, et si et de quelle manière un de ceux-ci s'est fait accorder un avantage particulier pour la part prise par lui dans la fondation (§ 24).

d) *Le Code fédéral suisse des obligations, complété par la loi du 18 décembre 1936*, prescrit lui aussi au fondateur de rédiger et de signer le projet des statuts avant l'ouverture des souscriptions (art. 629, al. 2).

Les statuts doivent contenir les indications suivantes :

- la raison sociale et le siège de la société ;
- l'objet et le but de l'entreprise ;
- le montant du capital social, la valeur nominale des actions, leur espèce et, le cas échéant, le nombre de celles qui sont nominatives ou au porteur ;
- la convocation de l'assemblée et le droit de vote des actionnaires ;
- les organes chargés de l'administration et du contrôle ainsi que le mode de représentation de la société ;
- le nombre d'actions que les administrateurs sont tenus de déposer ;
- la forme à observer pour les publications de la société.

Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant (art. 627) :

- la révision des statuts ;
- la participation des administrateurs au bénéfice net ;
- l'attribution d'intérêts intercalaires ;
- la durée de l'entreprise ;
- la fixation du montant supérieur au minimum légal prévu pour la libération des actions ;
- les peines contraventionnelles en cas de retard dans la libération ;

— la faculté de convertir les actions au porteur en actions nominatives ou inversement ;

— l'émission d'actions de priorité, de bons de jouissance et de parts de fondateurs ;

— la restriction du droit de vote des actionnaires, ainsi que l'émission d'actions à droit de vote privilégié ;

— l'organisation du contrôle et les obligations des contrôleurs.

Ils devront contenir également toutes les indications voulues sur les apports en nature, s'il y en a. L'article 630 prescrit aux fondateurs de déposer un rapport sur ces apports dès l'ouverture de la souscription, dans chaque bureau d'émission où les intéressés pourront en prendre connaissance.

2^o *Ces lois étrangères contiennent également des dispositions intéressantes concernant la constatation écrite de l'engagement de l'actionnaire.*

a) *La loi anglaise de 1929* enjoint à la société qui a obtenu le certificat d'incorporation, d'émettre un prospectus¹ toutes les fois qu'il y a offre d'actions au public. Ce prospectus doit être daté avant d'être mis en circulation, et déposé auprès du registrar par ceux qui ont pris la qualité d'administrateurs en fonction.

Que doit-il contenir ? Ce point nous est indiqué par la cédule 4 qui contient plusieurs énumérations successives et très détaillées ; nous nous contenterons d'indiquer les principales mentions exigées :

1^{re} partie : renseignements à fournir dans le prospectus :

— le texte du Mémorandum et la liste des signataires ;

— le nombre des actions de fondateurs ;

— le nombre d'actions que chaque administrateur doit posséder ;

— le montant minimum que les fondateurs espèrent obtenir par l'émission ;

— la somme à payer sur chaque action ;

— le nombre et le montant des actions émises pendant les deux dernières années (cas d'augmentation de capital).

1. André Percerou, Thèse précitée, p. 203 et ss.

— les noms de ceux à qui la société achètera des biens avec le produit de l'émission ;

— le montant des commissions de banque et des frais de constitution ;

— la date et les parties de tout contrat important se rapportant à la fondation ;

— le droit de vote et les droits relatifs des différentes catégories d'actions ;

— etc...

2^e partie : rapports à publier dans le prospectus : ils sont relatifs aux bénéfices de la société dans les trois dernières années avant l'émission, ou à ceux de l'entreprise à qui le produit de l'émission doit être employé pour son acquisition (rapports des accoutants).

b) *Loi italienne* : les souscriptions données sous le texte du programma, ou par lettre adressée aux promotori, doivent contenir en particulier la déclaration expresse du souscripteur indiquant qu'il connaît le texte du programma et qu'il l'accepte. Les signatures doivent être légalisées par un notaire pour être jointes à l'acte constitutif¹.

c) *Loi allemande* : la souscription², faite après la rédaction des statuts et du rapport de fondation, se fait par une déclaration écrite (bulletin de souscription), qui doit faire ressortir la participation du souscripteur, en indiquant le nombre et le montant nominal de l'action ainsi que leurs différentes catégories, s'il y en a plusieurs.

Le bulletin de souscription doit être dressé en double exemplaire. Il doit contenir :

— la date de l'établissement des statuts ;

— les arrangements prévus aux paragraphes 16, alinéas 3, et 19 et 20, et s'il y a plusieurs catégories d'actions, le montant nominal global de chaque catégorie ;

— les noms, professions, adresses des fondateurs ;

— le taux d'émission des actions et le montant des versements prévus, ainsi que l'importance des engagements accessoires ;

1. André Percerou, Thèse précitée, n° 16. Pahud, Thèse précitée, p. 19.

2. *Bulletin de Stat. et de Législ. comparée*, référence précitée.

— la date à laquelle la souscription cessera d'être obligatoire, au cas où la société ne serait pas encore définitivement constituée à cette date.

Les bulletins qui ne contiennent pas ces indications ou forment aux engagements des souscripteurs des restrictions autres que celles prévues à l'alinéa 2 sont nuls.

d) *Loi suisse* : en cas de souscription publique, l'appel se fera par un prospectus signé de tous les fondateurs ; il doit contenir (art. 631) :

— Les clauses statutaires requises par la loi et les dispositions dont la validité est subordonnée à une inscription dans les statuts ;

— les apports en nature, reprises de biens et les avantages particuliers ;

— la date jusqu'à laquelle le souscripteur est lié ;

— l'indication des bureaux de souscription ;

— le cours d'émission des actions ;

— le montant à verser sur les actions jusqu'à l'assemblée générale ;

— les bureaux de versement.

L'article 632 du Code fédéral indique d'autre part que la souscription n'est valable qu'en la forme d'une déclaration écrite se référant au projet de statuts et, le cas échéant, au prospectus ; cette déclaration indique, en outre, le cours de l'émission, ainsi que la date jusqu'à laquelle le souscripteur est lié.

3° *Ces législations prévoient encore des mesures destinées à assurer la sincérité du versement et des garanties de conservation des fonds.*

a) *Loi italienne* : celle-ci prescrit dans son article 133 que le versement préliminaire doit être effectué « près la Caisse des Dépôts et Consignations ou auprès d'un institut d'émission légalement constitué ¹ ». Et les promotori ne pourront retirer aucune partie des fonds, lesquels pourront être versés seulement soit aux administrateurs nommés par l'assemblée constitutive après avoir fait la preuve de

1. Voir Percerou, *op. cit.*, p. 24. Pahud, *op. cit.*, p. 20.

l'enregistrement de la société au Tribunal, soit aux souscripteurs eux-mêmes si cet enregistrement n'a pas eu lieu dans les trois mois et quinze jours de l'assemblée constitutive (art. 133, 99 et 91 combinés).'

b) *Loi allemande* (§ 28)¹ : la société ne peut être déclarée que lorsque le versement a été régulièrement fait sur chaque action et lorsque les sommes se trouvent définitivement à la disposition de la direction, en admettant qu'elles n'aient pas déjà été employées pour le paiement des impôts et des droits afférents à la fondation ; l'absence d'un lieu obligatoire de dépôt est corrigée par l'intervention du Tribunal au moment de la constitution (§ 31).

c) *Loi suisse* (art. 633) : la part du capital versé en argent doit être déposée, au compte de la société à constituer, auprès d'un office de consignation désigné par le canton. Elle ne peut être remise à l'administration qu'après l'inscription de la société au registre du commerce.

4^o *La vérification de la réalité des souscriptions et des versements a été enfin prévue d'une façon précise par nos pays voisins.*

a) *Loi anglaise* : dans le mois de l'attribution des actions, la société doit déposer au registrar² :

1^o Un état des attributions faites ;

2^o Dans le cas de libération autrement qu'en espèces, un contrat écrit constituant le titre de l'attributaire accompagné du contrat de vente, de louage, etc., selon le cas.

Cet état des souscriptions et versements doit être remis au registrar avant « l'assemblée légale », qui pourra ainsi en tenir compte dans sa décision.

b) *Loi italienne*³ : celle-ci présente la particularité de prescrire la réunion de l'assemblée constitutive, avant que le Tribunal ne déclare la société constituée. L'assemblée ne peut être convoquée que dans les quinze jours qui suivent le terme fixé pour la réalisation des versements et une fois

1. *Bulletin de Stat. et de Lég. comp.*, référence précitée.

2. Percerou, *op. cit.*, p. 229.

3. Même auteur, n^o 18. Pahud, *op. cit.*, p. 21 et ss.

le capital entièrement couvert et les 3 /10 versés. L'assemblée discute alors et approuve les statuts s'ils n'ont pas été acceptés à l'époque de la souscription, reconnaît et approuve les versements effectués, enfin nomme les administrateurs et les « sindaci » (commissaires aux comptes) (art. 134). L'assemblée délibère en outre sur l'approbation des opérations faites par les « promotori » ; ces opérations ainsi approuvées sont seules opposables à la société, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles étaient nécessaires à sa constitution (art. 138).

Les délibérations de l'assemblée ne réalisent encore que « l'acte constitutif » ; doivent être visés dans cet acte les documents contenant les souscriptions des associés et la preuve de l'exécution du premier versement dans les formes prescrites par l'article 133.

L'acte constitutif doit être alors déposé dans les quinze jours par le notaire et sous sa responsabilité au greffe du Tribunal civil du siège social (art. 91). Il est accompagné du bulletin de souscription, reçu et autres pièces faisant preuve du versement des 3 /10, ainsi que du procès-verbal des résolutions nommant les administrateurs et les syndics.

C'est alors l'intervention du Tribunal ¹, qui, après avoir vérifié la réalisation des conditions légales et la légalité de toutes les clauses de l'acte constitutif et des statuts, ordonne la transcription et l'affichage de l'acte constitutif (art. 91), par jugement en Chambre du Conseil, le Ministère public entendu ; contre cette décision, celui-ci dispose d'un seul recours, contentieux et indéfini ².

c) *Loi allemande* ³ : la vérification dans cette législation a lieu en plusieurs étapes (§ 25, al. 1 et 2).

1° Les membres de la direction et du conseil de surveillance sont tenus de vérifier les conditions dans lesquelles la société a été fondée ; en outre, les vérificateurs de fondation interviennent dans le cas où un membre de la direc-

1. Percerou, *op. cit.*, n° 22. Pahud, p. 26 et 27.

2. Percerou, *op. cit.*, n° 23.

3. *Bulletin de Stat. et de Lég. comp.*, référence citée.

tion ferait partie des fondateurs, si des actions ont été souscrites pour lui, s'il s'est fait accorder un avantage particulier, ou enfin s'il s'agit d'une fondation comportant des apports en nature. Ces vérificateurs sont nommés par le Tribunal après consultation de la représentation officielle du commerce considéré ; ils ne peuvent pas faire partie du conseil de surveillance ou de la direction (al. 3 et 4).

Le paragraphe 26 prescrit en outre la vérification de la déclaration des fondateurs concernant la souscription et le versement, et celle de l'exactitude des indications prévues aux paragraphes 19 et 20 ; ils doivent remettre un rapport écrit pour chaque vérification, et un exemplaire de chaque rapport est remis au Tribunal, à la direction et à la représentation officielle du commerce intéressé.

2° La société doit être en outre déclarée conformément au paragraphe 28 comme nous l'avons expliqué plus haut.

3° Enfin l'intervention du Juge a lieu après la déclaration ; le Tribunal convoque une assemblée générale qui, sous sa direction prendra une décision sur la constitution de la société.

Et le paragraphe 31 ajoute « que le Tribunal, après vérification, peut refuser l'inscription en particulier si les vérificateurs affirment ou s'il est patent que le rapport de fondation ou celui de vérification est inexact ou incomplet ou ne correspond pas aux prescriptions légales ».

d) *Loi suisse* : l'article 635 indique que les bulletins de souscription et l'attestation de l'office de consignation désigné par le canton, sont soumis à l'assemblée générale ; celle-ci, après constatation que le capital est entièrement souscrit et que les versements ont été déposés, discute le projet des statuts et en arrête le texte définitif ; les modifications essentielles du projet primitif ne peuvent avoir lieu que du consentement de tous les souscripteurs représentés.

D'autre part, l'article 637 exige que les résolutions de l'assemblée générale soient constatées par acte authentique, auquel seront annexés le projet et le texte définitif des statuts, de même que le prospectus et le rapport des fondateurs s'il y a lieu.

L'article 639 prescrit enfin que l'acte authentique doit mentionner les pièces sur lesquelles se fondent les décisions de l'assemblée générale ; l'officier public qui l'a dressé attestera en même temps que lesdites pièces lui ont été soumises, ainsi qu'à l'assemblée.

Les actions émises avant l'inscription au registre du commerce sont nulles (art. 644).

Cet aperçu de droit comparé a pu paraître long. Si nous avons insisté autant sur l'examen de ces législations étrangères, c'était avec l'intention de faire ressortir l'intérêt et la nécessité d'une réforme de notre Droit sur tous ces points.

Cet intérêt et cette nécessité s'étaient d'ailleurs déjà manifesté sur le plan législatif, par plusieurs projets ou propositions immédiatement antérieurs au décret-loi de 1937, et tendant à combler les lacunes de la loi de 1867. C'est ainsi qu'un projet de loi Daladier avait été déposé le 17 octobre 1933 à la Chambre des députés (Déb. parlam. annexe 2.416), qui avait été lui-même précédé d'une proposition de M. Lesaché du 4 février 1932 (Sénat, déb. parlam., 1932, annexe n° 83) votée le 27 juin 1934 et transmise à la Chambre des députés sous le numéro 3.684.

Les décrets-lois d'août-octobre 1935 n'ayant réalisé aucune de ces réformes pourtant souhaitées, le courant reprit en leur faveur par le dépôt de deux nouvelles propositions, l'une de MM. Mauliou et autres, du 17 juin 1936 (annexe n° 470) tendant à la création d'une commission des émissions en vue de la protection de l'épargne, la seconde émanant de M. Bender du 23 juin 1936 (annexe 482) tendant à assurer plus spécialement la sincérité des souscriptions et des versements, rapportée par M. Lesaché (annexe n° 514), votée par le Sénat le 17 juillet 1936 et transmise à la Chambre sous le numéro 812. Le vote de celle-ci qui devait donner naissance à notre décret, ayant été lui-même hâté par l'interpellation de M. Lesaché adressée au Gouvernement le 9 mars 1937 (*J. O.*, Sénat, déb. parlam., 1937, p. 237 ¹).

1. Sur tous ces points, voir H. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937*, p. 2 et ss.

Dans le cadre du décret-loi du 31 août 1937, cette étude sera divisée en *trois* parties :

- 1° *Le contrat de souscription* ;
- 2° *L'exécution du contrat : le versement* ;
- 3° *La constatation de la souscription et du versement : la déclaration notariée.*

A. — *Dans la première partie, nous nous proposons d'étudier successivement :*

- 1° Les éléments du contrat de souscription (sa nature juridique, sa formation, sa durée) ;
- 2° Les conditions de forme du contrat (dépôt des statuts au greffe, bulletin de souscription) ;
- 3° Les conditions générales de validité du contrat (conditions de droit commun, conditions particulières aux sociétés) ;
- 4° La nature et la preuve du contrat ;
- 5° Le résultat de l'émission et son influence sur le contrat.

B. — *Dans la deuxième partie, nous examinerons :*

- 1° Les conditions générales de validité du versement ;
- 2° Le sort des fonds versés (dépôt, blocage, retrait des fonds).

C. — *La troisième partie sera consacrée à l'étude de la déclaration notariée (principes généraux, rôle du notaire, sphère d'application de la déclaration, sanctions, vérification, responsabilité du notaire).*

PREMIÈRE PARTIE

LA SOUSCRIPTION

CHAPITRE PREMIER

ÉLÉMENTS DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION

Section I. — Nature juridique du contrat de souscription ; entre qui se forme-t-il ?

Nous nous proposons dans ce chapitre de rechercher entre qui se forme le contrat de souscription et partant sa nature juridique, afin d'envisager ensuite les effets au point de vue des obligations individuelles qui en découlent pour chacune des parties.

§ 1. — NATURE JURIDIQUE

Tout d'abord les souscripteurs s'engagent-ils directement envers la société ?

Cette question ne peut être résolue que par la solution que nous donnerons à cette autre question : Quelle est la nature juridique de la société pendant la période constitutive ?

En dehors de la question de la détermination des parties au contrat de souscription, les intérêts présentés par ce problème sont multiples : au point de vue des traités conclus par les fondateurs avec les tiers (sont-ils conclus en leur nom ou au nom de la société en formation), au point de vue de la perte des sommes versées avant la constitution définitive (la perte doit-elle être supportée par la société ou par les souscripteurs ?) etc...

Pour la majorité des auteurs, et pour l'unanimité de la jurisprudence, la société ne possède aucune personnalité juridique avant le dernier acte de sa constitution ¹, c'est-à-dire avant l'acceptation par les premiers administrateurs et commissaires aux comptes de leurs fonctions, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme ² et, avant la nomination des membres du premier conseil de surveillance, lorsqu'il s'agit d'une commandite par actions ³.

Jusque-là, il ne peut y avoir que des engagements intervenant entre individualités.

Ce principe produit de nombreuses conséquences que nous rencontrerons au fur et à mesure de notre étude ; en tous cas, au point de vue de l'engagement du souscripteur et de sa nature juridique, nous constatons que ce dernier ne peut s'engager immédiatement et sans intermédiaire envers la société, qui n'a aucune existence juridique, même interne.

Cependant, certains auteurs ont affirmé et essayé de démontrer que la société, pendant la période consécutive, possédait une personnalité juridique inopposable aux tiers, mais créant un lien de droit immédiat entre le souscripteur et la collectivité ⁴. Le principal avantage de cette idée serait que le bénéfice des opérations passées pour le compte de la société par les fondateurs lui serait acquis immédiatement, et qu'elle deviendrait tout de suite propriétaire des fonds versés.

L'inconvénient à ce que la société n'en devienne pas tout de suite propriétaire disparaît depuis le décret de 1937 qui exige le dépôt obligatoire des fonds chez un notaire ou à la

1. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, *Traité de droit commercial*, 5^e édition, n° 686 bis. Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes*. Thèse, p. 36 (voir son évolution sur ce point). Arthuys, *Traité des sociétés commerciales*, 3^e éd., n° 339. Lacour, et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., n° 423. Cellerier, n° 212. Zeraffa, Thèse Paris, 1902. Nancy, 19 février 1881. S. 1882, 2.161. Seine, 12 décembre 1892. S. 95. 2. 105 et note Houpin. Seine, 26 octobre 1926. D. P. 1927. 2. 56.

2. Houpin et Bosvieux, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, n° 760.

3. *Idem.*, n° 762.

4. Thaller et Pic, *Des sociétés commerciales*, 2^e édit., 1926, n° 840. Copper-Royer, n° 35. Lescot : *Essai sur la période constitutive*, p. 188 et ss. Tchernoff, *Traité de droit pénal financier*, 2 vol., n° 67.

Caisse des Dépôts et Consignations au plus tard avant la déclaration notariée. Peut-être en cas de loi sur la matière, pourrait-on adopter le système anglais, tel que nous l'avons exposé *supra*. Mais une intervention administrative ou judiciaire serait peut-être mal vue en France ?

Les souscripteurs contractent-ils alors avec les autres souscripteurs envisagés dans leur ensemble ? On l'a soutenu ¹ en disant qu'ils s'obligent par des rapports réciproques mais que, ne se connaissant pas, ils le font par l'intermédiaire des fondateurs ou du gérant jouant pour eux le rôle de mandataire, mandat accepté par chacun au moment où il souscrit, adhérant ainsi à l'acte de société et chargeant les fondateurs de poursuivre la constitution. Cette théorie conduit aux mêmes résultats juridiques que celle que nous adopterons.

Pour d'autres ², la souscription serait un avant-contrat qui lierait temporairement le fondateur et chacun des souscripteurs, avant-contrat nécessaire pour attendre la constitution définitive de la société ; d'ici là, et pendant un délai correspondant à ce qu'a pu être l'intention des parties, chacun demeure lié envers l'autre, le souscripteur devant remplir ses engagements vis-à-vis du fondateur et celui-ci de son côté étant dans l'impossibilité de le remplacer. Le fondateur créerait ainsi par ses démarches une association en participation ³, ayant pour objet la formation définitive de la société, association à qui viendraient s'ajouter successivement les diverses souscriptions.

Cette idée est surtout originale par la conséquence qu'on en tire en cas de dol dans la souscription ⁴ ; en effet, si l'avant-contrat se forme entre le souscripteur et le fonda-

1. Arthuys, p. 393. Zeraffa, p. 31 et ss. Thaller et Percerou, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, n° 503. Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, thèse Dijon, 1901, p. 37.

2. Copper-Royer, *Traité des sociétés anonymes*, 4^e éd., 1931, t. I, p. 300. Goiraud, n° 84. Thaller et Pic, n° 872.

3. Copper-Royer, n° 81 *bis*.

4. *Idem.*, p. 133. Nous verrons d'ailleurs plus loin, p. 86, que cette conséquence tirée de l'avant-contrat est inexacte, et que la nullité de la souscription pour cause de dol est couramment admise par la jurisprudence.

teur et le contrat définitif entre le souscripteur et les autres associés, il est évident que le dol commis par le fondateur ne pourra permettre au souscripteur de demander la nullité de l'engagement qui le lie aux autres souscripteurs, le dol d'un tiers n'étant pas une cause de nullité dans les contrats synallagmatiques ¹.

Toutes ces suggestions n'ont pas été suivies par la majeure partie de la doctrine ², non plus que par la jurisprudence ³, qui tiennent pour le système suivant : le souscripteur en contractant, s'engage directement envers le fondateur, agissant comme gérant d'affaires de la société en formation. Il s'agit donc d'un contrat synallagmatique, comportant des obligations réciproques de la part de chacune des parties et que nous examinerons tout à l'heure, en particulier, l'obligation pour le fondateur de poursuivre la gestion jusqu'au bout, c'est-à-dire de s'efforcer de parvenir à la constitution définitive de la société.

Ce n'est pas cependant que d'autres systèmes n'aient pas été imaginés pour expliquer comment le souscripteur se lie envers le fondateur, étant entendu que la société ne peut avoir d'existence, même entre les parties.

C'est d'abord la théorie de la stipulation pour autrui ⁴, née de l'impossibilité juridique d'obliger les souscripteurs à verser le premier quart de leur souscription *avant* la constitution de la société. Dans ce système, les fondateurs stipuleraient de la part des souscripteurs pour le compte de la future société : ainsi s'expliquerait la possibilité pour la société qui n'a encore aucune existence légale de recueillir aussitôt sa constitution le bénéfice résultant des efforts des fondateurs, empêchant le travail de ces derniers d'être comparable à celui des Danaïdes ; on pourrait dire en effet, transposant dans notre domaine une explication de la stipu-

1. Houpin et Bosvieux, n° 656. Thaller et Pic, n° 872. Lyon-Caen et Renault et Amiaud, n° 686 bis.

2. Seine, 2 mars 1935, *G. Palais*, 1935-1-613.

3. Lacour et Bouleron, n° 423.

4. Dolbeau *G. soc.*, 1923, p. 373 et ss.

lation pour autrui qui a été proposée en droit civil ¹, qu'il y a une offre du souscripteur, offre adressée à l'intermédiaire jouant le rôle de gérant d'affaires (fondateur), et immédiatement acceptée par lui pour le compte du tiers (société).

Cette explication ingénieuse aurait en particulier l'avantage d'éviter deux transmissions successives, surtout en ce qui concerne les apports en nature, la transmission s'effectuant d'abord dans le patrimoine du fondateur, et le droit d'apport restant dû pour le cas où, à la dissolution, l'apport serait attribué à un autre que celui qui l'avait primitivement apporté à la société (théorie des mutations conditionnelles).

On a objecté à cette théorie qu'on ne peut pas stipuler pour autrui sans avoir un intérêt personnel à l'accomplissement de l'obligation envers le tiers bénéficiaire et que, dans notre cas, la condition ne serait pas réalisée, le fondateur n'ayant aucun intérêt à la constitution de la société ; c'est inexact, si le fondateur n'avait aucun intérêt à la constitution de la société, il ne risquerait pas des frais élevés qu, en cas d'échec, il doit supporter intégralement ; par ailleurs, dans la pratique, les fondateurs se réservent toujours un ou plusieurs postes d'administrateurs ou des avantages particuliers.

Par conséquent, cette théorie répond très bien au mouvement qui s'est produit en doctrine depuis quelques années vers un élargissement de la stipulation pour autrui, mouvement corroboré par le développement que la jurisprudence lui a donné, notamment à propos de l'assurance sur la vie, des fondations, des avantages stipulés au profit des usagers par l'Administration dans ses contrats avec les compagnies privées, etc...

On sait, d'autre part, qu'il est possible de stipuler pour des personnes qui n'ont encore aucune existence², puisque leur

1. Planiol et Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. II, n° 1226.

2. Planiol et Ripert, n° 2, n° 1236. Lacour et Bouteron, n° 423, rejettent en effet la théorie de la personnalité interne de la société, théorie émise par P. Pic.

consentement n'est pas actuellement nécessaire (hypothèse des contrats collectifs).

Théorie séduisante, par conséquent. Est-ce à dire que l'on doit l'adopter ?

Il ne le semble pas, car avant tout, il faut s'inspirer ici beaucoup plus de considérations pratiques que d'une théorie juridique si excellente soit-elle, car aucune n'explique exactement les effets que la doctrine et la jurisprudence font découler de ce contrat particulier qu'est la souscription ; comment expliquer en effet avec ce système, que la souscription est irrévocable une fois acceptée par le fondateur ou encore que, bien que subordonnée à la constitution définitive de la société, elle produise des effets avant cette constitution ¹.

Et puis, s'il en était ainsi, le souscripteur victime du dol des fondateurs, ne pourrait apposer la nullité de son engagement à la société qui y est étrangère, or la solution inverse est consacrée par la jurisprudence et au surplus expliquée par la théorie classique ci-dessus exposée.

L'application de l'idée de stipulation pour autrui est donc ingénieuse, mais c'est une tentative qui n'a eu aucun écho en jurisprudence.

Il faut en dire autant d'une autre théorie doctrinale, qui considère elle, la souscription comme un engagement d'ordre unilatéral ². Le souscripteur fait un acte de volonté unilatéral qui ne le lie pour l'instant à personne, ni aux fondateurs, ni à la société, mais qu'il ne peut retirer une fois émis.

Cet acte unilatéral l'engagera vis-à-vis de la société, lorsque celle-ci sera formée, c'est-à-dire lorsque le nombre de souscripteurs s'engageant de la même façon sera suffisant pour couvrir le capital annoncé et que les fondateurs auront accompli toutes les formalités constitutives. Il n'y a donc pas contrat, mais adhésion unilatérale à un organisme qui se crée ainsi d'une façon successive : c'est au fond ce

1. Dolbeau. *Gaz. soc.*, 1923, p. 373 et ss.

2. Ripert. Cours 38-39, p. 611 et ss.

qu'on peut appeler la théorie institutionnelle de la société par actions, qui est au surplus en vogue parmi une certaine partie de la doctrine ¹, s'opposant ainsi à la théorie classique qui voit dans la société un contrat comme un autre, où la volonté des parties doit être souveraine, limitée tout au plus par certaines restrictions.

Les arguments ne manquent pas à ces auteurs pour critiquer cette vieille notion ; ce sont, disent-ils, les actionnaires qui devraient contracter entre eux, or ils ne se connaissent pas ils ne savent pas si la souscription sera couverte, d'ailleurs pour contracter, il faut un objet sur lequel on se mette d'accord, dans notre espèce, sur les statuts, charte de la future société ; or, rien n'oblige les fondateurs à les rédiger avant de recueillir les adhésions, ou à les modifier après coup ; à cela on peut répondre que le souscripteur n'a pas besoin de connaître ses futurs coassociés puisqu'il contracte avec le fondateur qui se comporte comme leur gérant d'affaires : la souscription étant une émission de volonté rencontre celle des fondateurs, qui ne traitent pas, il est vrai, pour leur propre compte, mais cela n'empêche pas le contrat de se former sous la condition suspensive de la constitution de la société ², par ailleurs, on verra que le décret-loi du 31 août 1937 exige la rédaction définitive des statuts avant de recueillir une seule souscription. Les choses se déroulent donc maintenant ainsi : les fondateurs proposent au souscripteur un projet d'acte de société, qu'il accepte par le fait de sa souscription, attendant que d'autres en fassent autant en nombre suffisant pour couvrir le capital.

Cette théorie institutionnelle, si elle est critiquable, ou tout au moins prématurée, fait cependant ressortir le besoin de réglementation de plus en plus précise dont il faut entourer les sociétés du fait de leur énorme développement à l'heure actuelle. Le but de ses auteurs est, en effet, la protection de l'épargne, qui exige que les hommes ne puissent

1. Saleilles, *Déclaration de volonté et personnalité juridique*. Hauriou, *Principes de droit public*. Gaillard : *La soc. anonyme de demain*. Lescot, *op. cit.* Renard, *Théorie de l'institution*.

2. Houpin et Bosvieux, n° 654.

créer par leur seule volonté un organisme qui deviendra ensuite indépendant-d'eux, dangereux pour l'épargne, parce que non soumis au contrôle de l'autorité publique. On pourrait objecter que la théorie contractuelle est aussi protectrice de l'épargne, du moment où on l'enferme dans certaines réglementations légales : ou à d'autres exemples d'institutions sorties de la volonté des hommes, mais contrôlées et réglementées, ainsi le mariage.

Il n'en reste pas moins vrai que certaines mesures préconisées par les promoteurs de cette idée sont excellentes et propres à assainir le monde financier actuel, et quelques-unes ont déjà été réalisées d'ailleurs par les récents décrets-lois ; c'est ainsi qu'un décret du 8 août 1935, modifiant l'article 437 du Code de commerce décide que, « en cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme les siens propres ». C'est ainsi qu'ont été créés une série de délits nouveaux visant des faits commis soit pendant la période constitutive, soit pendant la gestion de la société :

- Délit de fausse affirmation dans la déclaration notariée ;
- Délit de publication ou présentation de bilans inexacts ;
- Délit d'usage abusif des biens ou du crédit de la société ;
- Délit d'usage abusif de pouvoirs ou de voix.

Mais on n'est pas allé comme certains l'eussent souhaité, jusqu'à faire des administrateurs délégués ou du directeur général de véritables commerçants ¹.

§ 2. — DÉTERMINATION DES PARTIES AU CONTRAT

Il nous reste alors à examiner successivement :

1^o La détermination de chacune des parties au contrat et plus particulièrement des fondateurs, puisque celle du souscripteur ne présente aucune difficulté et que nous nous occu-

1. Ripert, cours 1936-1937, p. 611 et ss.

perons dans les chapitres qui vont suivre des modalités de son engagement.

2^o Les effets et les obligations découlant pour chacun du caractère synallagmatique du contrat.

La détermination de la notion de fondateur présente une grande importance au point de vue de la protection générale de l'épargne puisque les fautes commises au cours de la période constitutive sont très souvent leur fait ou accomplies grâce à leur complicité.

Leur nombre n'a pas été prévu par la loi ; cependant s'ils se répartissaient tous les titres de la société entre eux, le nombre de sept prévu par l'article 23 de la loi de 1867 pour les sociétés anonymes deviendrait exigible.

Dans la commandite par action, le fondateur est ordinairement le gérant. Mais comment déterminer les fondateurs dans une société anonyme ?

La loi de 1867, quoique les mentionnant dans les articles 24 et 25, n'en a pas donné de définition. Mais, par contre, l'exposé des motifs de la loi de 1863 a décidé qu'une personne pouvait être déclarée fondateur sous deux conditions : avoir coopéré activement à la formation de la société et être soi-même associé. Que sont devenues depuis ces exigences dans la doctrine et dans la pratique ?

1. — *Opinion des auteurs.*

Ceux-ci s'attachent en général au rôle effectivement joué par telle ou telle personne dans la constitution de la société ¹ (rédaction des statuts, recherche des souscriptions, etc.). Certains se prononcent même pour l'inutilité d'une définition légale ², ce qui permet à la jurisprudence d'être plus souple, et d'empêcher les spéculateurs habiles de se placer en dehors des termes de la loi et d'échapper à toute répression.

Cependant, l'accomplissement de certains actes consti-

1. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n^o 793. Lacour et Bouteron, n^o 506. Tripier, *Commentaire de la loi du 23 mai 1863*, p. 27.

2. Thaller et Pic, p. 186, note 2 et p. 188.

tutifs donnerait *ipso facto* la qualité de fondateurs à ceux qui les font ¹ : prise de cette qualité dans les actes constitutifs, ou dans la déclaration notariée ². En particulier la doctrine considère-t-elle comme fondateur uniquement celui qui a souscrit lui-même des actions ? A ce sujet les opinions sont divisées : certains invoquent les motifs de la loi de 1863 ³, d'autres affirment que la qualité d'associé n'est au contraire qu'un vœu de la loi ⁴. A notre avis c'est cette dernière solution qu'on doit adopter ; en effet, la loi de 1867 forme un tout qui se suffit à lui-même. Or elle ne fait aucune allusion à la loi de 1863 et ne donne aucune définition ; si l'on admettait l'opinion contraire, il serait trop facile aux spéculateurs de faire souscrire une ou deux actions par un comparse pendant que lui-même, tout en étant le véritable auteur de l'affaire, n'encourrait aucune responsabilité ; enfin on peut ajouter que le fait d'avoir souscrit une ou deux actions ne donne pas un intérêt suffisant à la bonne marche de la société.

2. — *Quelle est l'attitude de la jurisprudence ?*

Se base-t-elle sur le fait de la participation à la rédaction des statuts ? On peut résumer son attitude à ces sujets en deux propositions :

a) Pour elle on ne peut prendre part à cette rédaction sans être fondateur ⁵.

b) Mais on peut être parfaitement déclaré fondateur sans avoir pris part à la rédaction de l'acte de société ⁶.

D'autre part, la jurisprudence, conformément à notre

1. Copper-Royer, t. I, n° 29.

2. Arthuys, note n° 368. Lacour et Bouteron, n° 506. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 678, 7^e édition. *Contra* Holtz, *Gaz. soc.*, 1912. 155.

3. Lyon-Caen et R., n° 793. Flouraud-Rénardille, n° 505. Lacour, n° 517. Tripier, p. 27. Percerou, Thèse, p. 10.

4. Houpin et Bosvieux, n° 678, *La jurisprudence fait bon marché de la règle*. Arthuys, n° 368 en note de Wahl sous S. 1914-2-130. ²

5. *Toulouse*, 23 mars 1887. D. P. : 1887-2-223. *Douai*, 15 avril 1897, S. 1898, 2-8. *Req.*, 10 janvier 1887, D. P. 1889-1-68.

6. *Cass.*, 31 juillet 1890.

opinion, n'exige pas non plus que le fondateur soit un associé¹ : il faut surtout pour elle avoir conçu l'idée de la société ; et il a été jugé que le banquier émetteur des actions de la société en formation peut, sans être souscripteur personnel, être considéré comme fondateur¹.

Au fond, le critérium de la jurisprudence est avant tout pratique : elle considère comme fondateurs tous ceux qui ont contribué activement à la constitution, en accomplissant des actes plus ou moins importants² (celui qui a contribué à l'organisation du corps social et à sa mise en activité) : le critérium est fondé sur le but à atteindre : étendre la responsabilité prévue par l'article 42 de la loi de 1867 à tous ceux qui ont été les véritables animateurs de l'affaire (ceux qui ont recueilli les souscriptions, qui ont donné des renseignements à la société pour faciliter sa constitution, qui ont signé les convocations aux assemblées générales, qui ont contribué activement à la transformation d'une commandite en société anonyme, etc...) ³.

Et certaines cours d'appel, dans leur désir de protéger l'épargne, ont même été trop loin dans cette voie⁴ et elles appliquaient les peines de l'article 42 à certaines personnes qui de toute évidence ne pouvaient pas être fondateurs : par exemple ceux qui s'étaient contentés d'assister à la rédaction d'une déclaration notariée inexacte, ou qui s'étaient bornés à garantir la souscription du capital (syndicat de garantie⁵).

1. *Seine*, 12 juillet 1888. *Rev. soc.*, 1889. 26. *Req.*, 21 août 1890. D. P., 1891-1-77.

2. *Req.*, 19 octobre 1886. D. P., 1887-1-344. *Paris*, 28 mai 1869. D. P., 69-2-147.

3. Percerou, note sous D. P. 1911-2-25. *Sur la responsabilité civile ou pénale du fondateur qui s'est fait représenter lors de la déclaration notariée.* *Paris*, 22 décembre 1905. D. P. 1907-2-152. *Req.*, 9 avril 1888. D. P. 1889-1-245.

4. Voir le schéma de l'évolution dans Percerou, Thèse, p. 31 et ss., et Hamel, note sous D. P. 31-1-97.

5. *Douai*, 6 mars 1900. D. P. 1901-2-207. *Seine*, 20 janvier 1905. *J. soc.* 1905, 260, pour l'application au notaire, *Bordeaux*, 9 juin 1914. *Rec. Bordeaux*, 1914-1-316. Voir aussi : note de Lagarde sous D. P. 1931-1-97.

Cette évolution était d'autant plus regrettable que, dans le même temps, la question de la détermination de la notion de fondateur était considérée comme une question de fait ¹.

Une réaction était nécessaire ; elle est nettement marquée dans un arrêt de principe de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1930 ² ; cet arrêt a réagi dans trois directions différentes :

a) La Cour commence par consacrer certaines solutions déjà admises auparavant : la responsabilité de l'article 42 est indépendante du titre qu'une personne a pu se donner au cours d'un acte constitutif, ou du fait qu'elle soit ou non actionnaire.

b) Elle s'est efforcée de donner une définition coutumière de la notion de fondateur ; en se fondant sur deux éléments :

1^o Un élément objectif, consistant en des actes de coopération à la formation de la société, actes qui doivent être nombreux et répétés ;

2^o Un élément subjectif, la volonté d'accepter les responsabilités inhérentes à la qualité de fondateur.

c) Enfin la Cour de cassation a marqué très nettement sa volonté de contrôler la qualification des juges du fait : c'est, en même temps qu'une évolution vers un contrôle plus actif, un rapprochement vers le droit commun : les Tribunaux appréciant souverainement les faits qui leur sont soumis, et la Cour de cassation contrôlant la qualification légale de ces faits. Seulement ici, la Cour, au lieu de puiser cette qualification dans une loi, la trouve dans notre hypothèse, dans une définition qu'elle a elle-même fournie ³.

1. *Req.*, 24 juin 1861. D. P. 61-1-435. *Req.*, 9 avril 1888. D. P. 89-1-245.

2. D. P. 1931-1-97.

3. Voir sur la capacité requise pour être fondateur : Demantès, *Les sociétés de sociétés*. G. Lemaire; sous D. P. 1889-1-294. Houpin et Bosvieux, n^o 678. Houpin, *J. soc.*, 1900-325.

§ 3. — EFFETS DU CONTRAT : OBLIGATIONS DES PARTIES

Étant fixé sur la nature du contrat de souscription (contrat synallagmatique) et sur le rôle de chacune des parties, il nous reste alors à examiner quels sont les effets et les obligations qui en découlent pour chacun. La souscription étant nous l'avons vu, un engagement envers les fondateurs agissant comme gérants d'affaires de la société, il s'ensuit que les souscripteurs n'ont plus la possibilité de se retirer avant la constitution définitive ou la constatation de l'échec du projet de société, dès que leur offre a été acceptée par les fondateurs.

Leur engagement n'étant donné que sous la condition suspensive de la constitution, il n'y a aucun moyen légal, ont dit certains auteurs ¹, de les obliger à verser le premier quart avant cette constitution : mais c'est une question de peu d'importance pratique, il n'y a en effet à notre connaissance aucune décision à ce sujet, d'ailleurs dans la pratique ont cours certains usages : versement au moment même de la souscription, clause comportant annulation de la souscription à défaut de versement dans les huit jours, ce qui supprime toute difficulté ¹. Cependant, il semble qu'on pourrait tenir le raisonnement suivant : le souscripteur s'engage (contrat synallagmatique) à aider le fondateur à parvenir à la constitution : or, le versement du quart est une des prescriptions requises à peine de nullité pour arriver à ce but ; d'ailleurs, le souscripteur, depuis le décret de 1937, est protégé mieux qu'auparavant contre la mauvaise foi de fondateurs véreux.

Quels sont les obligations des fondateurs ? Ils s'engagent :

1^o A attribuer à chaque actionnaire un nombre d'actions proportionnel à sa souscription : il sera le plus souvent impossible de lui délivrer toutes les actions demandées, car il est impossible de tenir compte de la date de la signa-

1. Dolbeau, *Gaz. soc.*, 1923, p. 383.

ture du bulletin, les adhésions étant recueillies en même temps en des droits différents ¹ ;

2° A s'efforcer de parvenir à la constitution de la société conformément aux indications du prospectus d'émission sur la foi duquel les tiers ont souscrit ² ; s'agissant d'une gestion d'affaires, il y a lieu d'appliquer purement et simplement le principe posé dans l'article 1372 du Code civil.

A propos de cette dernière obligation, il y a lieu de signaler une divergence entre certains auteurs relativement à son étendue. Alors que les uns ³ prétendent que les fondateurs qui renoncent à la constitution par pur caprice sont passibles de dommages-intérêts, quelle que soit la phase de la constitution où ils étaient arrivés, d'autres ⁴ soutiennent au contraire qu'ils ont toujours le droit de renoncer à la constitution, en remboursant le montant des souscriptions déjà perçu, mais nous croyons que ces deux thèses extrêmes sont également inexactes et nous préférons une distinction qui a été faite ⁵ entre la phase préliminaire, au cours de laquelle les fondateurs pourraient à tout moment renoncer à leur projet et la phase de constitution proprement dite où toutes les actions sont souscrites et où le contrat de société est formé (voir p. 118 et suiv.). A partir de ce moment, le lien de droit qui lie les fondateurs aux souscripteurs empêche les premiers d'abandonner le projet de société sans motifs plausibles.

Quoi qu'il en soit, il nous reste maintenant à examiner les obligations qui naissent pour les souscripteurs du fait de l'apposition de leur signature sur le bulletin de souscription. En souscrivant :

1. *Seine*, 2 mars 1935. G. Ral, 1935-1-613.

2. Ripert, Cours 1937-1938, p. 635. Pic, n° 844. Houpin et Bosvieux, n° 658. Lyon-Caen, Renaud et Amiaud, n° 686 *bis*. Arthuys, n° 369. Rousseau : n° 1655.

3. Thaller et Percerou, n° 503. Arthuys, n° 326, Pic, n° 873.

4. Cellerier, n° 205. Massart, p. 33.

5. Houpin et Bosvieux, n° 660. Goiffon, Thèse, 1901, p. 143 qui fait partir la phase de constitution de la déclaration notariée.

1° Ils adhèrent aux statuts dressés *ne varietur* avant la souscription ¹ ;

2° Ils s'engagent à opérer les versements complémentaires sur leurs actions aux époques déterminées ultérieurement par le Conseil d'administration ;

3° Ils ratifient chacun d'une façon individuelle les actes de gestion accomplis pour eux par les fondateurs pendant la période constitutive (contrats passés, commissions de banque, etc...) ;

4° Ils abandonnent leur volonté propre au profit de la majorité de l'assemblée générale sous certaines conditions de quorum et de majorité déterminées par l'article 29 de la loi de 1867 pour l'assemblée générale ordinaire et par l'article 31 modifié par la loi du 1^{er} mai 1930 pour l'assemblée extraordinaire chargée de modifier les statuts ; et à ce sujet précisément, il est intéressant de noter que les partisans de la théorie institutionnelle disaient ² : Une bonne preuve du caractère institutionnel de la souscription c'est que celui qui entre dans la société accepte par avance toutes les modifications que l'assemblée générale peut apporter aux statuts : mais il faut remarquer qu'au moment de la signature du bulletin il y a bien contrat librement consenti, et la plus petite modification aux statuts ne pourrait être effectuée sans le consentement de l'unanimité des souscripteurs tant que la société n'est pas définitivement constituée, c'est-à-dire que les administrateurs, gérants ou membres du Conseil de surveillance n'ont pas accepté leurs fonctions ; ce n'est qu'à partir de ce moment que le faisceau des contrats individuels passés entre les fondateurs et chacun des souscripteurs laisse place à *une institution* dans laquelle la majorité dicte sa loi à la minorité des souscripteurs devenus actionnaires, et ce, dans un but d'intérêt général, le bon fonctionnement de la société, être moral distinct de l'ensemble des des associés.

1. Voir chapitre II, section n° 2.

2. Ripert, p. 639.

Section II. — Formation du contrat de souscription.

Cette question est d'un grand intérêt à plusieurs points de vue : d'abord le souscripteur doit être capable de s'engager (voir chap. III, section n° 1) au moment où le contrat se forme, ensuite il est possible que le souscripteur décédé, tombe en faillite ou soit mis en liquidation judiciaire juste après avoir signé son bulletin ; quelles seront les conséquences de la survenance de tels événements sur le contrat de souscription ?

Il nous faut donc d'abord résoudre la question de savoir si la manifestation de volonté du souscripteur lorsqu'il contracte rend le contrat parfait, où s'il y manque encore l'assentiment du gérant ou du fondateur c'est-à-dire si elle constitue une offre ou une acceptation de l'offre du fondateur.

§ 1. — A QUEL MOMENT SE FORME-T-IL ?

*A ce sujet deux systèmes s'affrontent. Le premier avec une partie de la doctrine*¹, soutient que les fondateurs, par le prospectus d'émission font une offre véritable (émission de volonté), offre que les souscripteurs acceptent en signant le bulletin, rendant ainsi le contrat parfait ; donc offre *personnis incertis* acceptée par chacun des souscripteurs. M. Cellerier raisonne ainsi : une personne fait une offre de vente de 100 actions, si elle est acceptée le contrat est parfait, pourquoi en serait-il autrement si au lieu de les vendre elle les met en souscription dans le public ? La constitution définitive de la société qui affecte le contrat d'une condition suspensive ne doit en rien changer sa nature juridique ni sa similitude avec les autres contrats ; cette affirmation est contestable, le contrat de souscription étant d'un genre particulier ; c'est ainsi que jusqu'au décret de 1937 l'acte de société, objet de ce contrat, pour vait ne pas être rédigé au moment de la souscription, c'est

1. Pic, n° 874. Cellerier, p. 159. Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. VI, p. 282, note 2. Goiffon, p. 102, cf. Lacour et Bouteron, p. 326 *in fine*.

ainsi également qu'au moment de la répartition, le nombre de titres demandés peut être réduit au cas où le capital social est dépassé. D'ailleurs à ce propos, le même auteur déclare précisément que, au cours de cette réduction proportionnelle qu'est la répartition, les fondateurs seront obligés de suivre l'ordre établi par eux dans le prospectus d'émission ; si la répartition n'est pas libre, c'est donc qu'elle a été acceptée par le souscripteur, l'émetteur se trouvant ainsi lié par l'adhésion de celui-ci. Cette argumentation aussi est inexacte : si la répartition en effet n'est pas libre c'est parce que les souscripteurs ont signé les bulletins sur la foi des annonces antérieures des fondateurs, ceux-ci ne peuvent ensuite qu'accepter ou rejeter en bloc ces propositions signées du souscripteur, mais il ne peut les modifier ¹. Il n'en reste pas moins un danger réel signalé par l'auteur : si la souscription dépasse le chiffre annoncé, les fondateurs vont refuser la plupart des souscriptions pour se les attribuer, quoique n'en ayant souscrit aucune à l'origine, afin de profiter des plus values certaines qui se produiront sur les titres.

Le second système est celui que nous adopterons. — Il est d'ailleurs préconisé par la majorité de la doctrine ², et appliqué par une jurisprudence constante et unanime ³. Il consiste à dire que les fondateurs par le prospectus d'émission, ne font qu'une proposition d'entrer en relations ; les souscripteurs en signant leur bulletin font une offre de prendre tant d'actions, offre qui doit être acceptée ensuite par les fondateurs pour que le contrat soit définitivement conclu ⁴. Ceci est d'ailleurs conforme au droit commun des obligations, les simples réclames, même à

1. Sur l'impossibilité de modifier l'offre en général ou de lui apporter des restrictions, voir : Cass. civ., 9 février 1919. D. P. 1923-1-126.

2. Houpin et Bosvieux, n° 656 *in fine*. Goirand, n° 184-109. Lescot, p. 145 et ss. Rousseau, t. I, n° 1656. Massart, p. 29.

3. *Paris*, 22 janvier 1853. D. P. 54-2-258. 16 novembre 1853. D. P. 55-2-126. *Lille*, 7 janvier 1898, *Rec. soc.* 97. 463. *Lyon*, 7 juillet 1902. *Rev. soc.*, 1903-22.

4. En droit anglais même solution, rapporté par Pic, n° 845, note 2. Buckley, p. 776.

domicile, n'engageant pas ceux qui les font. Cette acceptation des fondateurs explique par ailleurs pourquoi ceux-ci lors de la répartition peuvent écarter certains souscripteurs présumés insolvables. Il est vrai qu'on pourrait dire : le contrat est formé par l'acceptation du souscripteur sous la condition suspensive d'une répartition proportionnelle ; après la répartition, les souscriptions définitivement attribuées rendent le contrat pur et simple pour le montant de leur valeur. Mais si cela explique comment le chiffre demandé par un souscripteur peut être réduit proportionnellement, cela n'explique pas comment il peut être évincé purement et simplement par les fondateurs ¹.

C'est qu'en effet ce système a l'avantage de permettre au fondateur de faire un choix entre les souscriptions qui vont affluer au siège social, il évitera ainsi les coureurs de primes (individus souscrivant sans aucun débours et revendant avec une forte prime les titres achetés après une publicité tapageuse et mensongère) qui provoquent souvent la dépréciation des cours des titres, ou encore écartera du nombre des associés certaine société ou syndicat de banques trop puissants, cherchant à s'emparer de la majorité dans les assemblées, éliminera les personnes notoirement insolvables, etc.

Il travaillera ainsi dans l'intérêt du souscripteur sérieux, car le but de toute société qui se fonde est de classer ses titres dans le plus grand nombre de mains possible, le petit souscripteur étant un associé stable et fidèle qui cherche à faire un placement plutôt qu'une spéculation ; il s'effectuera donc autant que possible un classement provisoire, avant même la répartition proprement dite, plaçant la société hors des atteintes de la spéculation ².

1. Cependant Charron, *Recueil général des lois 1937*, p. 207, pour qui depuis le décret, la remise de la copie du bulletin au souscripteur vaudrait acceptation de sa souscription sous réserve, des deux côtés, de la constitution de la société.

2. Cela permettra aussi d'écarter un souscripteur devenu incapable ou tombé en faillite après avoir souscrit mais avant l'acceptation des fondateurs. Voir aussi Lacour et Bouteron, n° 425.

§ 2. — COMMENT SE PRODUIT L'ACCEPTATION
DES FONDATEURS

Etant posé que la souscription n'est qu'une offre qui doit être acceptée comment va donc se produire l'acceptation des fondateurs ?

Pour certains auteurs elle pourrait être tacite ¹. Mais la jurisprudence est plus sévère ; elle exige une réponse spéciale ² de la part des fondateurs. Il a en effet été jugé que le visa apposé par le gérant sur les livres sociaux ne pourraient suffire, même si les statuts l'avaient expressément prévu, que le visa apposé sur la lettre de demande par la société est insuffisant ³, que l'acceptation des fondateurs ne résultait pas suffisamment du fait que le gérant avait porté le nom du souscripteur sur les registres de la société et lui avait adressé une demande de versement, si à ce moment, la société n'étant encore qu'en projet, les statuts prévoyaient que l'on ne pouvait être considéré comme actionnaire certain qu'après le 1^{er} versement ⁴. Cependant la jurisprudence tempérant sa rigueur a admis qu'il en était cependant autrement si le souscripteur ratifiait son engagement en versant une partie du prix ⁵, car ainsi que le remarque l'annotateur ⁶, l'exécution totale ou partielle de la souscription vaut ratification, ce versement prouvant que le souscripteur persiste et que la société l'accepte, lui faisant connaître le chiffre des actions à lui attribuer à la répartition. En dehors de ce tempérament il est remarquable que les tribunaux exigent une réponse spéciale, alors même que les statuts prévoieraient d'autres modes d'acceptation plus ou moins tacite (visa ou inscription sur les livres sociaux).

1. Houpin et Bosvieux, n° 656 *in fine*. Goirand, n° 110.

2. Cass., 10 août 1850. D. P. 1852-1-197. Paris, 17 avril 1852. D. P. 1852-5-381.

3. Paris, 16 novembre 1853. D. P. 1855-2-126.

4. Paris, 22 janvier 1853. D. P. 1854-2-258.

5. Cass., 16 février 1850. D. P. 1850-1-150.

6. Bordeaux, 3 mars 1884, D. P. 1886-2-68 et note de Glasson.

Par ailleurs, il semble que l'acceptation définitive du fondateur ne pourra pas intervenir avant la répartition ¹ car ce n'est qu'à ce moment qu'il connaîtra exactement le nombre d'actions à attribuer à chacun d'une manière définitive.

L'offre du souscripteur va ainsi rester sans contre-partie pendant un certain délai. Pourra-t-il la retirer jusqu'au jour de l'acceptation, ou devra-t-il juridiquement la maintenir jusque là ?

§ 3. — LE SOUSCRIPTEUR EST-IL LIÉ PAR SON OFFRE ?

Le droit commun va nous servir ici de guide, car il y a lieu d'appliquer les principes qui régissent les conditions de formation des contrats en général. C'est ainsi que :

1^o Le souscripteur pourra se rétracter avant ou au plus tard au moment où son offre parvient à la connaissance du destinataire ².

2^o Une fois parvenue au destinataire, le principe est que l'offre peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée ³. Mais certains pensent que le retrait sans raison de l'offre pourrait engager la responsabilité de son auteur, spécialement dans les relations commerciales, qui seraient impossibles au cas où le destinataire ne pourrait plus compter sur l'offre pour engager ses opérations ⁴; et d'autres ⁵ affirment qu'il n'est pas impossible d'imaginer qu'une personne puisse s'obliger par sa seule volonté.

Disons tout de suite qu'il n'y a d'ailleurs pas de décision à ce sujet : ce qui se comprend, car si l'affaire s'annonce bien, les souscripteurs ne tiendront pas à se retirer, et si la société ne peut se constituer la question ne se pose même pas.

1. Houpin et Bosvieux, n° 641. Lyon-Caen et Renaud, n° 686 *bis*. Arthuys, n° 322. Pic, n° 894. Goiffon, p. 145.

2. Planiol et Ripert, t. II, p. 379.

3. Cass. civ., 3 février 1919. D. P. 1923-1-126.

4. Planiol, Ripert et Rouart, t. VI, p. 171 et ss.

5. Colin et Capitant, t. II, p. 29.

Observons par ailleurs qu'en droit commun, on considère celui qui fait une offre accompagnée d'un certain délai comme obligé de la maintenir. Pourquoi dans notre matière ne pas tenir l'offrant comme obligé, même sans fixation d'aucun délai, ou mieux encore, sous-entendre un délai ? On a dit¹ que tout contrat commercial était toujours accompagné, explicitement ou implicitement, d'un délai ?

Avant le décret de 1937, le souscripteur, en cas de non-constitution de la société, pouvait demander au tribunal de résoudre son engagement et lui faire restituer les fonds, au bout d'un certain temps apprécié souverainement par le juge ; précisément à cet égard le décret donne une indication précieuse, au bout de six mois à partir du dépôt des statuts au greffe le souscripteur peut obtenir le remboursement de sa mise par une ordonnance de référé.

§ 4. — A QUEL ENDROIT ET A QUEL MOMENT PRÉCIS LE CONTRAT DE SOUSCRIPTION SE FORME-T-IL ?

On sait qu'en droit civil ont été élaborés différents systèmes à ce sujet. C'est qu'en effet la Cour de cassation, lorsque la question a été portée devant elle², s'est refusée à prendre parti en disant qu'il s'agissait surtout d'une question de fait. Quant aux Cours d'appel et à la doctrine, elles sont divisées entre plusieurs systèmes dont les principaux sont les suivants³ :

a) Le contrat est formé au moment de l'acceptation par le destinataire (système de la déclaration).

b) Au moment où l'acceptant se dessaisit de la missive contenant l'acceptation — (système de l'expédition).

c) Au moment où l'offrant reçoit la missive d'acceptation avant même d'en avoir pris connaissance (système de la réception).

1. *Idem.*, p. 27.

2. Cass., 29 janvier 1923. D. P. 1923-1-176.

3. Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, p. 210.

d) Au moment où l'offrant a connaissance de l'acceptation (système de l'information).

Pour notre part, nous pencherions plutôt pour le système de la déclaration, car au moment où le fondateur accepte la souscription le contrat est formé par l'accord des deux volontés, et le fait de faire parvenir cette acceptation à la connaissance du destinataire n'y ajoute aucun élément nouveau.

Appliquant ce principe à notre matière nous dirons donc que le souscripteur capable au moment de l'acceptation aura valablement contracté, même s'il devient incapable par la suite, et ainsi la souscription ne sera pas de ce fait rendue fictive ; il nous semble qu'en effet la capacité requise n'est nécessaire qu'au moment de l'acceptation provisoire par le fondateur de l'offre faite de prendre tant d'actions, mais non au moment de l'acceptation définitive que constitue la répartition.

§ 5. — RESTE UNE DERNIÈRE QUESTION : CELLE DU SILENCE GARDÉ PAR L'UNE DES PARTIES, PARTICULIÈREMENT LE SOUSCRIPTEUR.

Le silence gardé par celui-ci par exemple à une lettre d'un banquier l'informant qu'il le portait sur la liste de souscription d'une émission d'actions dont il opérait le placement et le débitait du montant du premier versement suffit-il à l'engager¹ ?

Bien entendu au cas où le souscripteur accepterait la proposition du banquier il ne ferait qu'une offre qui devrait être acceptée par le fondateur² mais ici c'est une autre question qui se pose ; le banquier a fait une offre pour le compte d'un de ses clients et l'avertit ensuite de cette gestion d'affaires faite pour son compte ; le client ne répond

1. Le silence gardé par une personne avisée qu'elle a été portée sur la liste des souscripteurs ne saurait l'obliger. Houpin et Bosvieux, n° 656, *Cass.*, 25 mai 1870. D. P. 1870-1-254.

D. P. 70-1-257. Goirand, n° 108 à 111. Arthuys, n° 332, Pic, n° 377, t. I.

2. Le banquier n'étant, dans l'hypothèse, qu'un intermédiaire.

pas. Est-il considéré comme ayant souscrit ? Il faut répondre par la négative, car en principe le silence n'oblige pas¹ sauf :

a) En cas de relations d'affaires antérieures;

b) En cas de clause insérée dans une facture.

Précisément, l'hypothèse ci-dessus s'est présentée dans une affaire portée devant la Cour de cassation²; dans cet arrêt, il résulte que le souscripteur avait un compte courant chez le banquier qui l'avait porté sans aucun ordre sur la liste de souscription, et avait laissé la lettre du banquier sans réponse; puis plus tard, considéré comme souscripteur, il avait probablement été l'objet d'un appel de fonds supplémentaires; or la Cour a jugé que, malgré l'existence d'un compte courant, le client n'était pas obligé envers la société; elle a donc considéré que cette circonstance (compte courant) ne suffisait pas pour qu'on puisse dire que le client était en relations d'affaires antérieures avec le banquier; sans doute les juges ont-ils estimé que le fait de souscrire pour le compte d'un client dépassait le cadre d'une gestion d'affaires ordinaire, solution parfaitement exacte selon nous car la souscription, comportant l'obligation de verser les quarts supplémentaires, n'est pas un simple acte d'administration.

Mais, bien entendu, on devrait adopter la solution inverse et considérer comme étant en relations d'affaires antérieures des personnes dont les unes auraient coutume de souscrire des actions pour le compte des autres et ces dernières de les accepter; tel serait le cas, par exemple, d'un agent de change et son client, d'une société qui se fonde ou qui augmente son capital et qui s'adresse pour lancer son émission à un syndicat de banque spécialisé dans ce genre d'affaires; ici le silence gardé par le client ou par le syndicat devrait être considéré comme emportant ratification tacite de la souscription³.

1. Capitant, t. II, p. 25.

2. *Cass. civ.*, 25 mai 1870. D. P. 1870-1-257.

3. Note sous D. P. 1870-1-257 et Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et avec le droit civil*, 2^e édition, t. III, n° 1458 et ss.

Section III. — Durée de l'engagement du souscripteur.

Nous avons vu dans le chapitre précédent que le souscripteur était lié envers le gérant ou les fondateurs et tenu de faire partie de la société dès que sa souscription avait été acceptée par ceux-ci, même provisoirement et en attendant la répartition définitive.

§ 1. — Mais il est évident et unanimement admis qu'il ne s'engage que si la société se constitue ou si l'augmentation de capital réussit. Dans le cas contraire, le souscripteur aurait le droit de considérer son engagement comme non avenu et pourrait demander le remboursement intégral de ce qu'il a déjà versé (voir p. 116) sauf si, en signant son bulletin, il avait accepté de supporter une certaine partie des frais ¹. Autrement dit, si l'engagement du souscripteur doit être pur et simple (voir p. 93) il est cependant subordonné de plein droit à la condition suspensive de la constitution définitive et *régulière* de la société ²; le contrat de souscription n'étant définitivement formé que par la formation du contrat de société (voir p. 118), dont il est un des éléments constitutifs.

Un auteur ³ a cependant affirmé qu'il ne s'agissait pas en l'occurrence d'une condition, que la souscription n'était pas le moins du monde subordonnée à la souscription intégrale du capital social; en effet, dit-il, la condition est un événement extérieur rendant incertaine la formation du rapport juridique qu'elle conditionne, mais cela n'empêche pas ce rapport d'être complet dans tous ses éléments, accord de volonté, cause licite, objet. Or, dans notre cas, le placement de toutes les actions émises apparaît non comme un événement extérieur rendant la souscription incertaine, mais bien comme une des bases essentielles du consentement lui-même, consentement fourni en vue d'un objectif détermi-

1. Lacour et Bouteron, n° 425.

2. Lyon-Caen et Renault, n° 694. Houpin et Bosvieux, n° 654 *in fine*. Lacour et Bouteron, n° 424.

3. Levillain, note D. sous P. 1890-2-267.

nant pour les souscripteurs, et ne pouvant exister du moment où cet objectif ne peut être atteint ; l'avantage serait pour le souscripteur de pouvoir tenir ce langage non seulement aux fondateurs ou administrateurs, mais aussi aux créanciers sociaux qui pourraient réclamer le non-versé.

Cette hypothèse, pour séduisante qu'elle soit au point de vue juridique, n'explique rien de plus que la théorie classique de la souscription conditionnelle, c'est donc à elle que nous nous en tiendrons.

En effet, si la constitution de la société ne s'ensuit pas, les souscripteurs verront leur engagement résolu et seront déliés de leurs obligations, et aucun rapport de droit avec les fondateurs ne pourra les obliger à compléter leur souscription, puisque l'existence de celle-ci était subordonnée à une condition qui ne s'est pas réalisée ¹.

§ 2. — CECI ÉTANT POSÉ, PENDANT COMBIEN DE TEMPS, LE SOUSCRIPTEUR DEVRA-T-IL ATTENDRE LA CONSTITUTION (OU L'ÉCHEC) DE LA SOCIÉTÉ ?

A ce sujet on distingue traditionnellement ² deux hypothèses :

1^{re} hypothèse : les statuts ont fixé un délai dans lequel la société devra être constituée ; si à l'expiration de ce délai la constitution n'est pas chose faite, les souscripteurs pourraient se considérer de plein droit comme déliés de leurs engagements ; il y a là en effet une véritable condition résolutoire ³.

2^e hypothèse : les statuts n'ont fixé aucun délai ; alors les souscripteurs ne peuvent considérer leur engagement résolu par le seul fait de la tardivité de la constitution ; nous avons indiqué en effet () que les fondateurs ne s'engageaient pas, en lançant la souscription, à constituer

1. Cependant, solution contraire pour le cas où la société aurait fonctionné comme société de fait. Houpin et Bosvieux, 654 *in fine*. Hémard, n° 238.

2. Lacour et Bouteron, n° 424. Lyon-Caen et Renault, n° 694. Houpin et Bosvieux, n° 660.

3. Thaller et Pic, n° 875.

la société, mais seulement à s'efforcer d'y parvenir ; la nuance conduit dans la pratique à refuser aux souscripteurs le droit de contraindre les fondateurs soit à constituer la société, soit à leur verser des dommages-intérêts ¹, on ne peut dire en effet qu'ils aient violé aucune de leurs obligations, et il est déjà bien suffisant qu'ils courent le risque de supporter en pure perte les frais avancés ² pour la mise en marche de l'entreprise. La seule possibilité qui leur restera sera alors de mettre les fondateurs en demeure de parvenir à la constitution ; tout ce raisonnement est du reste admirablement exposé dans un jugement du Tribunal de commerce de la Seine ³ : « Du fait, dit ce jugement, que les actionnaires ont souscrit, ils sont tenus de faire partie de la société en formation et ne peuvent être déliés de leurs engagements que si les deux assemblées prescrites par la loi de 1867 ne constituent pas la société. »

« Qu'en conséquence, lorsque le capital social ayant été entièrement souscrit... il n'appartient pas à des souscripteurs de prendre prétexte de ce que le projet paraisse abandonné pour poursuivre contre le fondateur de la société le retrait des fonds déposés... par la raison qu'on ne peut induire du long temps écoulé depuis le dépôt du rapport (des commissaires aux apports) que le projet a été abandonné, aucun délai n'ayant été fixé par la loi pour la tenue de la deuxième assemblée constitutive, et cette assemblée générale étant seule compétente pour décider s'il y a lieu de renoncer à la société ou de la constituer définitivement. »

« Le souscripteur peut seulement mettre en demeure le fondateur de convoquer l'assemblée... »

« Par suite, il y a lieu pour le Tribunal d'accorder un délai aux fondateurs pour la convocation de la dernière assemblée constitutive... »

« Il importe peu que la restitution ainsi ordonnée ait été

1. Houpin et Bosvieux, n° 660.

2. Seine, 29 mai 1890 (*J. Soc.*, 1891-327).

3. Seine, 4 février 1919, *J. Soc.*, 1921-180.

effectuée en majeure partie (les fonds avaient été remboursés, et il y avait en tierce opposition au jugement ordonnant le remboursement, probablement par les créanciers sociaux) et l'on ne saurait induire de cette circonstance que la dernière assemblée constitutive ne peut plus délibérer valablement parce que le premier quart du capital social n'existe plus en caisse, le jugement faisant droit à la tierce opposition étant déclaratif de droit et devant faire seulement état de la situation au jour de la demande. »

Mais le raisonnement que nous avons tenu, résumé dans ce jugement du Tribunal de commerce de la Seine, ne vaut que dans le cas où le capital social n'est pas entièrement souscrit ; car, dans le cas contraire, il y a un élément nouveau qui se surajoute au faisceau des contrats de souscription individuels, c'est le contrat de société qui s'est formé par le fait de la souscription intégrale ; à partir de ce moment, naît pour les fondateurs l'obligation de constituer la société¹, sous peine cette fois-ci de dommages-intérêts envers les souscripteurs, le Tribunal ayant par ailleurs toujours la faculté de leur accorder un délai s'il le juge utile.

Nous croyons d'ailleurs que, au point de vue de l'allocation de dommages-intérêts, il y a lieu de distinguer ; les fondateurs à notre avis, ne doivent être déclarés responsables que dans la mesure où la constitution de la société dépend de leurs efforts : c'est ainsi qu'ils devront, à peine de dommages-intérêts, faire la déclaration notariée, et convoquer la réunion de l'assemblée générale chargée d'en vérifier la sincérité et, s'il y a lieu, de nommer les commissaires aux apports, mais ils ne pourront pas être responsables de l'échec de la société au cas où par exemple la majorité de l'assemblée se prononcerait contre la constitution, car ce fait ne dépend pas de leur volonté.

Le droit comparé nous donne l'occasion de vérifier que la durée de l'engagement du souscripteur est également prévue par d'autres législations².

1. Houpin et Bosvieux, n° 660. Houpin. *J. Soc.*, 1895, p. 481.

2. Voir notre Introduction, p. 3 et ss.

La question a-t-elle été modifiée par la disposition du décret-loi de 1937 prescrivant, en cas de non-constitution de la société dans les six mois du dépôt des statuts au greffe, la nomination d'un administrateur par le juge des référés à l'effet de restituer les fonds versés ? Il ne le semble pas, car l'ordonnance de référé ne devant pas préjudicier au principal est impuissante à résoudre l'engagement du souscripteur ; celui-ci devra comme avant plaider la question au fond devant le Tribunal ; mais il le fera rarement désormais, le seul intérêt qu'il y trouvait étant précisément la restitution de ses deniers qu'il peut obtenir maintenant d'une façon beaucoup plus simple.

§ 3. — LES FONDATEURS ONT-ILS LE DROIT D'ANNULER L'ENGAGEMENT D'UN SOUSCRIPTEUR D'UN COMMUN ACCORD AVEC CELUI-CI ?

Il le semble, tout au moins lorsque le capital social n'est pas encore entièrement souscrit¹, car une fois la souscription close, le contrat de société est formé et les fondateurs sont tenus par lui envers l'ensemble des souscripteurs². Cependant, ce n'est pas l'avis de M. Copper-Royer³ qui affirme que le fondateur, mandataire de ceux qui ont déjà donné leur adhésion, ne peut agir que dans l'intérêt social, et que ce n'est pas le faire que d'abandonner une souscription sans contre-partie et retarder ainsi le jour de la constitution définitive. On ne voit cependant pas comment le fondateur qui lance une émission puisse se trouver obligé envers certaines personnes avant que la souscription ne soit entièrement couverte, car jusque là il n'y a aucun lien de droit qui le lie à elles ; nous avons déjà dit que les souscripteurs dans cette hypothèse ne pouvaient contraindre les fondateurs à former la société, ceux-ci restent donc libres

1. Houpin et B., n° 660, note 1. Bosvieux, *J. Soc.*, 1938, p. 11.

2. Houpin, *J. Soc.*, 1895, p. 486 et ss.

3. Copper-Royer, t. I, n° 50.

d'annuler une souscription d'accord avec celui qui l'a faite, le projet de société étant toujours leur affaire personnelle.

D'ailleurs, le fondateur a le droit de refuser une souscription, pourquoi ne pourrait-il pas l'annuler une fois acceptée ? Les souscripteurs qui, d'autre part, se prétendraient lésés par cette mesure devraient faire la preuve du préjudice subi par eux, preuve très souvent impossible à faire en pratique, le montant du capital social étant généralement dépassé par les souscriptions, et le seul préjudice dont ils pourraient faire état étant précisément l'échec de la société par suite de l'insuffisance des souscriptions.

Mais, bien entendu, au cas où il y aurait plusieurs fondateurs, il faudrait l'accord de tous pour annuler ainsi l'engagement d'un ou de plusieurs souscripteurs, car il y a généralement entre eux une sorte d'association en participation dont le but est la constitution de la société, but qui leur est commun et qui empêche l'un quelconque d'entre eux de prendre une décision préjudiciable à l'intérêt de tous.

On pourrait encore faire état à l'encontre de notre opinion d'un arrêt de la Cour de Paris ¹ reproduisant une jurisprudence constante, et décidant que le gérant d'une société n'a pas le droit de relever un souscripteur de l'engagement pris par lui, non plus que de faire rembourser par la société, pour son compte personnel et avec les fonds sociaux, des actions qui étaient le gage commun des créanciers sociaux. Mais, dans ce cas, la société était constituée et il est bien évident que l'annulation d'une souscription à ce moment est impossible, car elle rendrait une partie du capital social fictif ; mais avant la constitution et avant la souscription intégrale, c'est chose tout à fait possible, car il n'y a encore que des rapports individuels entre fondateur et chacun des souscripteurs.

1. Paris, 13 novembre 1880. D. P. 1882-2-143.

§ 4. — ENFIN AU CAS OU UN SOUSCRIPTEUR VIENDRAIT A DÉCÉDER ENTRE L'ACCEPTATION DE SA SOUSCRIPTION ET LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ¹.

Ses héritiers, même mineurs, seraient tenus à sa place et obligés de libérer les quarts supplémentaires à l'appel du Conseil d'administration ².

1. Même solution pour le cas de décès intervenant avant l'acceptation des fondateurs, car l'offre passe, de droit commun, aux héritiers, voir Colin et Capitant, t. II, p. 28.

2. Houpin et Bosvieux, n° 660, pour qui ils n'auraient besoin d'aucune autorisation spéciale, s'agissant d'un acte de simple administration.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE FORME DU CONTRAT

Section I. — Situation antérieure au décret et projets qui l'ont précédé.

§ 1. — SITUATION ANTÉRIEURE AU DÉCRET ET PROJETS QUI L'ONT PRÉCÉDÉ

Il est à peine besoin de souligner l'importance des statuts dans les sociétés par actions ; ce sont eux, en effet, qui constituent la charte délimitant le champ d'activité du futur corps social ¹.

Nous avons constaté cette importance lors de l'étude de la détermination de la notion de fondateur et de l'engagement du souscripteur dans le consentement duquel la connaissance du texte exact de l'acte de société entre pour une grande part.

Or, rien dans la loi de 1867 n'oblige les fondateurs à publier le texte des statuts avant de recueillir les souscriptions ². On admettait seulement que s'ils avaient tenu à les rédiger auparavant, par acte authentique ou sous seing privé, et si, sur la foi de ce document, ils avaient recueilli plusieurs adhésions, il leur était impossible d'en modifier le texte. Toute modification postérieure aurait eu le caractère d'un faux ou tout au moins aurait permis aux sous-

1. Dolbeau et Contenat : *Réforme de la Législation des soc.*, supplém. 1938, n° 3 bis.

2. Houpin et Bosvieux, n° 622. Thaller et Percerou, n° 506. Rousseau, n° 1697. Thaller et Pic, n° 861. Paris, 6 avril 1854, *J. trib. com.*, 1854-196.

cripteurs ainsi lésés d'invoquer la nullité de leur adhésion pour erreur substantielle¹.

Ce n'est pas cependant le mouvement législatif qui fit défaut en faveur d'une réforme. Dès 1884, le Sénat avait élaboré un projet qui, en autre chose, proposait (art. 64) que le projet d'acte de société fut publié dix jours avant l'émission, dans le recueil des sociétés créées à cet effet. En continuant suivant l'ordre chronologique, on trouve en 1897 une proposition Fleury-Ravarin² qui prescrivait, avant toute émission par voix d'appel au public, sous quelque forme que ce soit, la publication dans un journal d'annonces légales d'un prospectus circonstancié, signé par les émetteurs et contenant les mentions nécessaires pour apprécier la valeur des titres à émettre ; et enfin, en 1903³ se place un projet de loi très important, parce qu'il est le précédent direct du décret-loi d'août 1937, prescrivant à peu près toutes les réformes que celui-ci devait consacrer et en particulier la publication du projet de l'acte de société au Bulletin annexe du *J. O.*, dix jours avant toute souscription. Mais ce mouvement législatif aboutit seulement à une réforme partielle, la loi du 30 janvier 1907 : cette loi, que nous étudierons plus loin en détail, a imposé, pour toute émission publique, l'insertion préalable au *J. O.* d'une notice contenant les indications les plus importantes sur la future société : siège social, durée et objet de la société, montant du capital social, avantages stipulés au profit des fondateurs, etc. Il y a lieu à insertion de la notice en

1. Dolbeau, *Gaz. soc.*, 1928, p. 384. Thaller et Pic, n° 861, *De la rédaction à la constitution, les statuts sont intangibles*.

Sur la question de leur modification postérieure : pour Rousseau (p. 75 et 104), il faut l'unanimité. Pour Wahl (*J. Soc.*, 1914, p. 62), la majorité des assemblées constitutives. Pour Houpin et Bosvieux, n° 627, Bosvieux, loi du 22 novembre 1913, p. 12 et Bourcart : *Ann. de dr. com.*, 1914, p. 353 : la majorité des assemblées extraordinaires. Pour Dolbeau, *Gaz. soc.*, 1928, p. 384 : l'unanimité, car ce serait modifier un projet de contrat au moyen de formalités réservées à la modification du contrat déjà existant.

2. *J. Soc.*, 1898-47.

3. *Rev. soc.*, 1903, p. 391 et ss. *J. Soc.*, 1903-289. *Rev. crit. soc.*, 1903, p. 353. Mouret, *Rec. de l'Académie de Toulouse*, 1903, p. 314 et ss.

cas d'émission, d'exposition, de mise en vente, ou d'introduction sur le marché en France d'actions de toute société faisant appel au public. La loi s'applique donc à toute émission de titres en Bourse ou en banques, pourvu qu'il y ait publicité, à toutes les formes de ventes, en Bourse, en coulisse, aux enchères, par décision de justice, par notaire, etc., même lorsqu'il s'agit de titres réservés aux anciens actionnaires en vertu de leur droit préférentiel de souscription, aujourd'hui consacré par le décret-loi du 30 octobre 1935¹.

Mais il faut observer que, même après la loi de 1907 :

1° Les fondateurs n'étaient pas obligés de rédiger les statuts avant de faire appel au public, ils pouvaient n'y procéder que postérieurement, pourvu qu'ils y reproduisent les mentions de la notice ;

2° Les fondateurs pouvaient éviter l'application de la loi en ayant recours à un syndicat de prise ferme ainsi qu'en plaçant des titres sous le manteau.

Le seul moyen pour les souscripteurs lésés de se dégager, était de faire échouer le projet de société lors des assemblées constitutives, moyen aléatoire et déplorable.

Aussi, dans ces dernières années, le courant reprit-il plus fort en faveur d'une réforme radicale, c'est-à-dire de la publication des statuts eux-mêmes rédigés *ne varietur* avant toute souscription.

Laissant de côté la publication au *B. A. L. O.* (la pratique ayant révélé que le public ne consultait guère le *J. O.* pour lire la notice de la loi de 1907), les projets de lois de ces dernières années hésitent et prescrivent le dépôt du projet des statuts avant toute émission, soit chez le notaire (Sénat, 23 juin 1936²), soit chez le notaire ou au greffe du Tribunal de commerce, jusqu'à la constitution définitive de la société (projet de la Ligue par la réforme des sociétés, 1931³. Ch. des députés, 17 octobre 1933⁴). On remar-

1. Houpin et Bosvieux, n° 1242 et ss. Decugis, n° 30.

2. Annexe, n° 482.

3. *Rev. soc.*, 1931, p. 163.

4. Chambre des Députés. *Doc. parlementaires*, annexe n° 2416.

quera une préférence marquée pour le dépôt chez un notaire : en effet, le notaire est déjà chargé par la loi de 1867 de vérifier la déclaration de souscription et de versement et, de plus, il rédigeait très souvent les statuts dans la pratique : il y aurait eu là une tentative de centralisation des renseignements et des opérations constitutives au même endroit, en même temps qu'un essai de contrôle officieux par un officier ministériel. Cependant, on le sait, le décret de 1937 a rejeté ce système pour ne retenir que le dépôt au greffe. Et c'est probablement le système le meilleur, car la consultation des statuts s'effectuera beaucoup mieux dans un greffe, organisme de publicité par définition, que chez un notaire, ce qui aurait transformé les études en agences de renseignements.

Signalons enfin pour terminer ce bref aperçu une proposition de loi assez curieuse déposée au Sénat le 17 juin 1936, tendant à la création d'une commission des émissions, dont les membres n'auraient pu être fondateurs, et chargée de vérifier la déclaration de souscription et de versement, ainsi que la réalité de ces souscriptions et versements, et ce, aux frais de la société : en cas de déclaration non sincère, elle aurait interdit à la société, par délibération motivée, la tenue des assemblées générales constitutives jusqu'à la régularisation définitive ; mais ce projet allait à l'encontre des principes admis en matière de société. Il est déjà difficile, devant l'hostilité de certains, d'organiser des moyens de contrôle, il eût été impossible, par des moyens répressifs et par l'intervention d'agents administratifs non entièrement à l'abri de certaines influences, d'empêcher la constitution elle-même de la société.

§ 2. — BUT DE DÉCRET

Devant l'opinion d'une doctrine presque unanime et devant le nombre des projets de lois votés tant par la Chambre des députés que par le Sénat de 1933 à 1936, le législateur ne pouvait rester indifférent, et, profitant de la loi du 30 juin 1937 qui donnait au Gouvernement le droit,

par décret, de prendre toutes mesures tendant au redressement économique, il promulgua le 31 août 1937 un décret-loi modifiant en particulier l'article 1^{er} de la loi de 1867, relativement à la rédaction des statuts avant toute souscription.

Le décret s'inspire avant tout de cette idée de protection de l'épargne, qui avait déjà présidé à l'élaboration des décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935, contre les entreprises malhonnêtes et les agissements des financiers peu scrupuleux.

Laissant de côté le système répressif, le législateur a fait confiance à celui de la protection du souscripteur par lui-même : il s'agissait de mettre celui-ci à même de se renseigner exactement sur la société dans laquelle il s'apprête à entrer, sans être obligé de s'adresser aux fondateurs eux-mêmes, ce qui était le grand inconvénient de la pratique antérieure.

La loi du 30 janvier 1907 était incomplète à plusieurs point de vue ¹ :

1^o Elle ne s'appliquait pas lorsque la société se constituait entre personnes se répartissant la totalité de titres sans appel au public ;

2^o Lorsqu'il y avait fondation simultanée : ce n'est qu'au moment où le banquier syndicataire revendait les titres dans le public que la loi jouait ² ;

3^o Peu de personnes consultaient la notice avant de souscrire, par suite de la difficulté qu'il y a à consulter le *J. O.* surtout en province.

§ 3. — ANALYSE DU CONTENU DU DÉCRET ³.

Le texte de l'article 1, alinéa 3 nouveau, est ainsi conçu : « Avant toute souscription du capital, un projet des statuts sur papier libre, certifié par le fondateur, est déposé au

1. Solus : *Réforme des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937, op. cit.*

2. Houpin et Bosvieux, t. II, p. 688. Wahl, *Augmentation de capital*, p. 204.

3. Alexandroff, *Sem. jurid.*, 23 janvier 1938, p. 46 et ss.

greffe du Tribunal de commerce du siège social pour être communiqué à tout requérant. »

Ainsi le souscripteur pourra désormais connaître le texte des statuts dans toutes ses stipulations d'une façon beaucoup plus complète et beaucoup plus commode que sous le régime de la notice de la loi de 1907 : l'objet social, avantages particuliers, parts de fondateurs, modes de réunion des assemblées générales; etc. ¹.

Le projet devra être « certifié par le fondateur » dit le texte; sur la détermination de la notion de fondateur, ce sera en général celui ou ceux qui ont rédigé les statuts; bien entendu, en cas d'augmentation de capital, le rôle de fondateur sera joué par le Conseil d'administration.

Mais celui qui certifiera le projet devra-t-il être considéré *ipso facto* comme fondateur avec la responsabilité que cela comporte (art. 42) ? Nous avons vu que la jurisprudence avait coutume de considérer comme tel celui qui prenait part à la rédaction de l'acte social. Il semble qu'on peut adopter ici la même solution, quitte à rechercher par la suite quels auront été les véritables fondateurs, si par hasard le projet des statuts avait été certifié par un homme de paille. D'ailleurs, un auteur ² a affirmé, avec raison selon nous, que s'il existe plusieurs fondateurs, ils doivent tous signer la copie des statuts; c'est donc bien vouloir dire que celui qui aura apposé sa signature sur cette copie devra être considéré comme fondateur, même si là s'est borné son rôle dans la constitution de la société.

Le texte ne parle que d'un « projet des statuts ». A-t-il voulu dire par là que les termes de ce projet pouvaient être modifiés à tout instant par les fondateurs au cours de l'émission et en dehors de l'assemblée constitutive ?

1. Charron, p. 204. Solus, *op. cit.*, n° 13. Bosvieux, *J. Soc.*, 1938, p. 7 : pour lui, la principale utilité du décret est d'éviter pour les souscripteurs l'obligation de s'adresser aux fondateurs, beaucoup plus que les contraindre à rédiger les statuts avant les souscriptions.

2. Charron, p. 205.

3. Copper-Royer, *Rev. spéc. de doctrine et de jurispr. des sociétés*, 1937, p. 691 est en ce sens.

Admettre une telle solution serait détruire toute l'utilité de la réforme. Il est vrai que les projets antérieurs, rapportés aux annexes 2416 et 482 ainsi que le projet de la Ligue pour la réforme des sociétés parlent du dépôt « d'un exemplaire des statuts ».

Si le décret de 1937 ne parle que d'un projet, la raison en est que la société n'étant pas encore constituée au moment du dépôt au greffe, il ne peut s'agir que d'un projet, le texte définitif consacrant l'accord de tous les associés n'étant arrêté définitivement que par le vote de l'assemblée constitutive¹.

Au surplus, il était déjà admis antérieurement par la plupart des auteurs que si les souscriptions avaient été recueillies antérieurement à la rédaction des statuts, les fondateurs étaient alors dans l'impossibilité d'y apporter la moindre modification.

Le législateur de 1937 a obéi à un souci de précision juridique que n'avaient pas eu les rédacteurs des projets antérieurs. Peut-on le lui reprocher ?

Le projet ainsi déposé ne pourra être modifié que par l'assemblée constitutive, il y a en effet accord du fondateur et du souscripteur sur un texte dont le changement n'appartient qu'à la majorité auquel le souscripteur s'est soumis en entrant dans la société².

La date du dépôt au greffe du projet des statuts devra être mentionnée dans le bulletin de souscription, rendu désormais obligatoire. L'utilité de cette mention pour le cas d'un échec de la société par la suite de l'insuffisance des souscriptions sera expliquée plus loin.

Sous quelle forme sera fait le dépôt prescrit par le décret ?
Il y a lieu d'établir une distinction. Si l'acte de société a été fait sous seing privé, il suffira d'une copie sur papier libre

1. Solus, *op. cit.*, p. 18. Bosvieux, p. 7 : le projet doit être intangible sauf erreurs matérielles. Charron, p. 205, observe que les fondateurs devraient avoir soin de soumettre leur texte à des personnes compétentes avant le dépôt au greffe. Dolbeau et Cantenot, 1938, n° 3 *bis*.

2. Bosvieux, p. 7. Copper-Royer, p. 691.

certifiée par le fondateur ¹, copie qui devra d'ailleurs être enregistrée. Si l'acte de société a été dressé par acte notarié, il incombera alors au notaire rédacteur des statuts de délivrer aux fondateurs une expédition sur papier libre ² avec mention du but pour lequel elle a été dressée, expédition soumise aussi à l'enregistrement. Le notaire pourrait même être déclaré responsable du défaut d'enregistrement ; bien entendu, il ne peut s'agir que d'un enregistrement au droit fixe de 43 francs, puisqu'il s'agit d'un acte de publicité.

§ 4. — SPHÈRE D'APPLICATION DU DÉCRET.

Le dépôt du projet des statuts a une portée d'application générale, le législateur ayant procédé dans un but de protection du souscripteur, quels que soient les modalités et le moment de la souscription ³.

C'est ainsi que le décret doit s'appliquer *aussi bien en cas d'émission privée qu'en cas d'émission publique* ⁴ et par là, comble d'une manière heureuse les lacunes de la loi de 1907 signalées plus haut, et dont la plus grave consistait de la part d'un syndicat d'émission à prendre ferme tous les titres de la future société sans être astreints à aucune publicité.

Il faut également déclarer le nouveau texte applicable au cas d'augmentation de capital ⁵. En effet, quelle que soit la forme de cette augmentation, par souscription d'actions nouvelles, transformation d'obligations ou de parts de fondateurs en actions, transformation de réserves en actions, des modifications au texte des statuts sont toujours nécessaires.

On peut ajouter que l'article 1^{er}, alinéa 3 nouveau, ne fait aucune distinction entre la souscription primitive et celle résultant d'une augmentation de capital.

1. Defrénois, *Répert. prat. de notariat*, p. 697. Bosvieux, p. 8.

2. Dolbeau et Contenat, *La réforme de la législation des soc.*, supplém., 1938, n° 3 bis.

3. Solus, n° 15.

4. Bosvieux, p. 7.

5. Solus, n° 15, Charron, p. 205.

Il existe il est vrai un texte qui pourrait en faire douter, la loi du 13 avril 1935 ayant ajouté à l'article 31 de la loi de 1867 un alinéa décidant qu'au cas où une assemblée générale extraordinaire doit être réunie pour modifier les statuts, le texte des résolutions proposées sera tenu à la disposition des actionnaires quinze jours avant la date de réunion de l'assemblée. Mais, à notre avis, ce texte est profondément différent par son esprit de celui du décret de 1937¹ : il ne s'agit là, en effet, que d'une publicité par communication de pièces entre associés seulement, publicité tout à fait autre que celle qui consiste à avertir la masse du public ou les créanciers sociaux par un dépôt ou une insertion que tout le monde peut consulter ou lire ; or, c'est à ce dernier genre de publicité que se rattache le nouveau décret.

On peut remarquer, par ailleurs, que le texte ainsi tenu à la disposition des actionnaires au siège social ne les renseignera que sur les modifications proposées par le Conseil d'administration ; or, ce qui importe ici, c'est que les futurs actionnaires soient en mesure de connaître *les modifications une fois votées* pour entrer dans la société.

La publicité organisée par le décret-loi du 8 août 1935 concernant le droit préférentiel des anciens actionnaires vise également une fin particulière² ; ce décret prescrit en effet l'insertion dans un journal d'annonces légales de la délibération de l'assemblée ayant décidé l'augmentation, mais il s'agit seulement de la résolution de l'assemblée ayant trait « au droit préférentiel, à la date d'ouverture et de clôture de la souscription, ainsi qu'au taux de l'émission des actions », mais non aux modifications que l'on se propose d'apporter aux statuts.

Il y a lieu d'observer par ailleurs que cette publicité ne touchera que les anciens actionnaires, mais sera inutile à ceux qui souscriront à titre réductible le surplus des titres non absorbés par les premiers. Le décret prescrit encore, il est vrai, l'insertion de cet avis selon le rite prévu par la loi

1. En ce sens, Solus, n° 15.

2. Solus, n° 337.

de 1907 en cas d'émission publique, mais nous avons déjà signalé plus haut toute l'insuffisance de cette loi.

La preuve étant faite de la nécessité d'appliquer le décret-loi du 31 août en cas d'augmentation de capital, en dépit des objections tirées de la loi du 13 avril 1935 et du décret du 8 août de la même année ¹, il nous reste alors à savoir sous quelle forme l'application des dispositions nouvelles va avoir lieu ?

Est-ce sous celle du dépôt d'un projet des statuts, selon la lettre du texte ? Mais la question ne se pose plus de la même façon qu'au moment de la souscription primitive.

En effet, dans notre cas, les statuts ont déjà été déposés au greffe du Tribunal de commerce ² (art. 55 de la loi de 1867), et, d'autre part, on sait que l'article 61 de la même loi prescrit que les modifications aux statuts doivent être publiées de la même façon ; mais en cas d'augmentation de capital, ces actes de publicité n'ont lieu que dans le mois du jour où l'augmentation est devenue définitive, c'est-à-dire, si la société est anonyme, soit dans le mois qui suit la tenue de l'assemblée générale ayant reconnu la sincérité de la déclaration de souscription et de versement faite devant notaire par les administrateurs, soit dans le mois du jour de la tenue de l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation, si elle a en même temps voté la modification aux statuts sous la condition suspensive de l'accomplissement de toutes les formalités de l'opération, et, s'il s'agit d'une commandite, du jour de la déclaration notariée elle-même ³.

Mais de toute façon, avant le décret du 31 août, les modifications aux statuts n'étaient connues des souscripteurs que lorsque toutes les souscriptions avaient été recueillies.

Donc pour protéger efficacement les souscripteurs, nous pensons qu'il y aura lieu désormais de déposer au greffe la pièce qui, dans l'augmentation de capital, joue le même rôle que les statuts lors de la constitution de la société ; on

¹ Charron, p. 205.

² Bosvieux, p. 32.

³ Houpin et Bosvieux, n° 122. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 206.

devra donc exiger à l'avenir le dépôt au greffe du Tribunal de commerce du siège social, avant toute souscription, même émanant d'un ancien actionnaire, d'une copie, certifiée conforme par le Conseil d'administration, de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'augmentation en question¹; au cas où l'augmentation de capital aurait été autorisée par une clause spéciale des statuts, il y aurait lieu de déposer une copie de la libération du Conseil d'administration agissant dans les limites tracées, à laquelle on devrait joindre, dit M. Charron, page 206, un extrait des statuts originaires.

Il est à peine besoin d'ajouter par ailleurs, que le bulletin de souscription devra mentionner la date du dépôt de cette pièce.

APPLICATION DU DÉCRET DANS LE TEMPS

L'article 9 du décret du 31 août s'exprime ainsi : « Les dispositions des articles 1^{er}... de la loi du 24 juillet 1867, modifiés par le présent décret, sont applicables dès le premier exercice qui s'ouvrira trois mois après la publication de ce décret, aux sociétés par actions actuellement existantes et placées sous le régime de la loi du 24 juillet 1867. »

De ce texte il résulte que les dispositions nouvelles sont applicables :

1^o Pour les sociétés en voie de constitution, le 1^{er} septembre 1937, date de la publication du décret au *J. O.*;

2^o Pour les sociétés procédant à une augmentation de capital, dès le premier exercice qui s'ouvrira après le 1^{er} décembre 1937².

1. Bosvieux, p. 33, un dépôt au greffe n'aurait ici ni utilité, ni intérêt. Charron, p. 206. D'autre part, les souscripteurs auront ainsi connaissance de la clause des statuts autorisant l'assemblée générale à transformer les réserves en actions, clause qui devra être portée dans le bulletin de souscription à la mention 5.

2. Bosvieux, p. 1. Solus, n^o 29 et 30. Cette disposition a son origine dans une observation faite devant le Sénat le 7 février 1934 par le ministre de la Justice, à la suite de laquelle avait été voté par l'assem-

Par conséquent, il résulte de ces observations que le dépôt au greffe du projet des statuts devra être effectué par les sociétés en commandite ou anonymes qui n'ont pas encore procédé à la souscription de leurs actions le jour de la mise en application, et qu'au contraire, il ne sera pas prescrit et serait d'ailleurs inutile pour celles dont le capital est entièrement souscrit à cette date, en vertu du principe de la non-rétroactivité des lois.

Mais que décider pour les sociétés en formation ou procédant à une augmentation de capital qui sont déjà entrées dans la phase constitutive ? Il y a lieu selon nous d'établir une distinction suivant le cycle des formalités qu'elles auront alors parcouru :

a) *Supposons que la société ait déjà recueilli certaines souscriptions, mais insuffisantes pour couvrir le capital annoncé, pourra-t-elle continuer la souscription sans effectuer le dépôt au greffe ? La négative s'impose à coup sûr : la protection de l'épargne crée un intérêt d'ordre public exigeant l'application immédiate de la formalité prescrite. A défaut, les souscripteurs postérieurs pourraient faire jouer la nullité sanctionnant les nouvelles dispositions (voir p. 57). Le banquier ayant fondé un syndicat d'entremise pourrait être aussi déclaré civilement responsable s'il ne veillait pas à ce que la formalité soit observée.*

b) *Mais si au contraire le capital social se trouvait entièrement souscrit au moment où le décret devient applicable, alors un lien de droit existe entre les fondateurs d'une part et l'ensemble des souscripteurs d'autre part : le contrat de société est formé (voir *infra*)¹. Le dépôt au greffe n'aura plus de raison d'être qu'il s'agisse de la formation de la société ou d'une augmentation de capital. Seules les autres formalités du nouveau texte relatives au dépôt et au retrait des fonds devront être observées ; le dépôt des statuts devra être*

blée un texte tendant à exclure les sociétés existantes de l'application du nouvel article 1^{er}. Le texte définitif les y soumet cependant, mais leur accorde un délai supplémentaire. Charron, p. 217.

1. Bosvieux, p. 29. Alexandroff, p. 46, qui invoque le principe de la non-rétroactivité. Charron, p. 218. Solus, n° 29.

observé toutes les fois que la société en formation ne pourra faire la déclaration notariée avant la mise en vigueur du décret (voir p. 78 *in fine*).

Cependant, nous estimons qu'il sera prudent pour une société procédant à une augmentation de capital avant l'ouverture du premier exercice social suivant le 1^{er} septembre 1937 (situation susceptible de se présenter jusqu'au 31 août 1938 au plus tard), il sera prudent, disons-nous, pour une telle société, qui prévoiera que les formalités pourront déborder le laps de temps prescrit, de se placer d'elle-même sous le nouveau régime et de déposer, avant que d'y être obligée, au greffe du Tribunal, la copie de la délibération de l'assemblée, ayant décidé l'augmentation en cours, afin d'éviter toute difficulté ¹.

Remarquons enfin la dualité de délais regrettable ², selon qu'il s'agit d'une société en voie de formation ou en cours d'existence. Il eut été si simple de dire que les dispositions nouvelles ne s'appliqueraient par exemple, pour toutes les sociétés soumises à la loi de 1867, que trois mois après la publication du décret.

§ 5. — SANCTIONS DU DÉFAUT DE DÉPÔT AU GREFFE DU PROJET DES STATUTS

Ces sanctions sont au nombre de deux : l'une d'ordre civil, la nullité; l'autre, d'ordre pénal, la responsabilité de certaines personnes qui ont émis des actions d'une société constituée en contravention de l'article 1^{er} nouveau.

1^o Par la combinaison de l'article 1^{er} (dans lequel sont incorporées les principales dispositions du décret) et de l'article 7 de la loi de 1867, la sanction de la formalité que nous venons d'étudier est la nullité de la société lorsqu'il s'agissait d'une société en formation, et lorsqu'il s'agissait d'une augmentation de capital, la nullité de cette augmen-

1. Peut-être même devrait-on décider que le dépôt au greffe sera obligatoire pour toute société qui ne pourra faire la déclaration notariée avant la mise en vigueur du décret.

2. Bosvieux, p. 1.

tation et des modifications statutaires qui en sont la conséquence, cette nullité pouvant, aux termes mêmes de l'article 7, être invoquée seulement entre associés et non à l'encontre des tiers ¹.

Toujours conformément à l'article 7, cette nullité *ne pourra être invoquée que par les intéressés*, c'est-à-dire les souscripteurs, les créanciers personnels des souscripteurs en vertu de l'article 1166 du Code civil, les créanciers sociaux, les porteurs de parts de fondateur, enfin l'Administration de l'Enregistrement ². Spécialement, que décider au cas où, certaines souscriptions ayant été recueillies avant le dépôt au greffe, la formalité était ensuite faite d'une façon tardive ? Il semble ici que par intéressés, il faut entendre uniquement les personnes ayant donné leur adhésion antérieurement au dépôt tardif, car elles seules sont lésées et elles seules seront recevables à arguer la nouvelle société de nullité.

Il faut appliquer également l'article 8 modifié par la loi de 1893 concernant la responsabilité civile résultant de la nullité de la société ³. Seront responsables envers la société et envers les tiers, du dommage résultant de la nullité :

a) Dans les sociétés anonymes : les fondateurs et les membres du premier Conseil d'administration ;

b) *Dans la commandite* : le gérant et les membres du premier Conseil de surveillance ;

c) *Dans l'une comme dans l'autre* : les apporteurs en nature et les commissaires aux apports.

Depuis la loi de 1893, il faut un lien de cause à effet entre le préjudice subi par le demandeur en nullité et le vice qui a provoqué la nullité.

Enfin, l'article 42 spécial à la société anonyme, décide (depuis 1893) que les fondateurs et les administrateurs en fonctions auxquels la cause de nullité est imputable, sont responsables solidairement du dommage subi par les tiers

1. Solus, n° 19. Charron, p. 218-1. Copper-Royer, p. 692.

2. Houpin et Bosvieux, n° 774 et ss.

3. Houpin et Bosvieux, n° 805 et ss. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 220.

ou par les actionnaires — (même règle pour les apporteurs en nature.)

Comment faut-il apprécier cette sanction ? Il est évident qu'elle est bien trop rigoureuse ¹. En effet, les souscripteurs qui avaient donné leur adhésion sans demander à voir les statuts seront les premières victimes de cette mesure, sans parler du chantage possible de la part de certaines personnes laissant cette menace suspendue sur le nouvel être social pendant plusieurs années.

A la vérité, comme le proposent certains auteurs, il eut fallu oser soustraire les dispositions du décret du droit commun de l'article 7 et les sanctionner simplement par une amende à la charge des gérants de la commandite, ou des fondateurs et administrateurs de la société anonyme.

Sanction d'autant plus draconienne qu'il y a lieu de douter que les « régularisations » de la loi du 1^{er} août 1893 modifiée par un décret-loi du 30 octobre 1935 puissent jouer dans notre cas. Le texte en effet déclare que « l'action en nullité... est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le Tribunal statue sur le fond en première instance ».

Or, dans le cas d'une mesure de publicité ordinaire ou encore au cas de défaut de certains versements du quart, la cause de nullité cesse d'exister dès que la publicité tardive ou les versements manquants sont faits ; mais dans notre cas, le dépôt tardif du projet des statuts ne fera pas disparaître la cause de nullité, il y a en effet ici un ordre à observer, le dépôt au greffe *doit précéder toute souscription*, la formalité accomplie tardivement n'empêchera donc pas la cause de nullité d'exister, et ce, d'autant plus que la nullité de l'article 7 est une nullité d'ordre public, qui ne pourra pas être couverte par la ratification des souscripteurs antérieurs au dépôt.

Il faut remarquer par ailleurs que les « régularisations »

1. Charron, p. 219 : l'omission d'une seule formalité entraînant l'écroulement de tout ce qui a été fait. Copper-Royer, p. 693, qui doute même que la prescription de cinq ans de l'article 8, alinéa dernier, puisse jouer. Solus, n° 10, qui craint les chantages.

en question étaient considérées comme ne s'appliquant pas aux vices de consentement ¹. Or, dans notre espèce, c'est également le consentement du souscripteur qui n'a pu être donné en connaissance de cause, du fait de l'impossibilité de consulter le projet des statuts. Encore une raison pour que l'article 8 modifié par le décret-loi du 30 octobre ne puisse jouer.

Cet article 8 prescrit encore dans son alinéa 4 que le Tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même d'office, fixer un délai pour couvrir la nullité. Mais ce dernier moyen de régularisation ne jouera pas plus que les autres. En effet, comment couvrira-t-on la nullité ? Pas par un dépôt tardif de l'acte de société, puisqu'il est impuissant à valider les souscriptions antérieures. Il n'y aura donc qu'une seule chose à faire, recommencer la souscription.

Il faut même aller encore plus loin et dire que même si une ratification du souscripteur était permise, elle ne servirait à rien. En effet, le bulletin de souscription que chacun doit obligatoirement signer doit contenir, entre autres mentions, l'indication de la date du dépôt au greffe du projet des statuts. Or, si le dépôt n'a pas été effectué, les bulletins de souscription seront irréguliers, viciant toutes les formalités postérieures : de toutes façons, tout sera à recommencer. La prescription quinquennale de l'article 8, alinéa dernier, sera le seul remède, encore que laissant sur la société naissante une longue menace et encore que certains auteurs la croient inapplicable dans cette hypothèse (voir à ce sujet l'opinion de Copper-Royer, p. 691 ²).

2° Mais l'action en nullité n'est pas la seule sanction possible : les responsables de l'irrégularité de la constitution peuvent encore être poursuivis pénalement en vertu d'une autre disposition de la loi de 1867, article 13.

Nous savons que *l'article 13*, inchangé depuis 1867, punit d'une amende de 500 à 10.000 francs, les personnes recon-

1. Charron, p. 219. Solus, n° 10.

2. Pour Charron, p. 219, les sanctions sont d'autant plus rigoureuses que les tiers ne pourront découvrir leurs causes par aucune mesure de publicité.

nues coupables d'avoir participé à l'émission des actions d'une société constituée irrégulièrement, et en particulier contrairement aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi de 1867¹.

Appliquant ce texte à notre cas, nous dirons donc que quiconque aura participé à l'émission des actions d'une société avant que le projet des statuts de celle-ci aient été préalablement déposés au greffe du Tribunal de commerce sera puni de l'amende prévue au texte.

Les délinquants, ceux qui ont participé à l'émission irrégulière, seront d'ailleurs les mêmes que ceux à qui incombait la formalité du dépôt préalable au greffe, c'est-à-dire le ou les fondateurs, et les administrateurs en fonction au moment de l'augmentation de capital, et non pas seulement l'administrateur délégué par le Conseil pour faire le dépôt ; il ne servirait même de rien à l'un quelconque des administrateurs, selon nous, de prouver qu'on lui aurait caché l'inaccomplissement de la formalité, étant donné la facilité avec laquelle il pouvait s'en assurer (sur les personnes punissables, G. P. Tables 1925, 30, 535).

Il faut par ailleurs appliquer les conditions de droit commun de l'article 13 à notre hypothèse², en particulier le délit existera même en l'absence de toute intention frauduleuse, mais seulement en cas d'émission de titres définitifs et négociables³ ; le Ministère public pouvant poursuivre en dehors de toute plainte ; en fait, jusqu'ici et tout au moins au Parquet de la Seine, on ne poursuivait qu'en cas de plainte⁴ : il serait bon, à notre avis, que cette coutume ne soit pas suivie lorsqu'il s'agit du dépôt au greffe, la protection de l'épargne créant un intérêt d'ordre public à ce que la formalité soit observée. Bien entendu, l'action en nullité n'est pas une condition de l'exercice de l'article 13, et le Tribunal correctionnel n'aura pas à en faire une question préjudicielle.

1. Solus, n° 10.

2. Houpin et Bosvieux, n° 845.

3. Cass., 8 février 1861. D. P. 1862-1-356. Lyon-Caen et Renaut, n° 709. Tchernoff, n° 69.

4. Carpentier et Du Saint « société ».

Reste une dernière question : l'existence du délit est-elle subordonnée à la constitution définitive de la société ? Conformément à l'opinion dominante, l'affirmative doit être admise, la violation du nouvel article premier n'ayant aucun inconvénient si la société ne se constitue pas pour une autre raison (défaut de souscription intégrale ou de versement du quart ¹).

§ 6. — QUE FAUT-IL PENSER DE CETTE FORMALITÉ DU DÉPÔT OBLIGATOIRE D'UN PROJET DES STATUTS AU GREFFE DU TRIBUNAL DE COMMERCE AVANT DE LANCER L'ÉMISSION DES ACTIONS ?

La réforme part certes d'un principe excellent ; les souscripteurs seront ainsi informés autrement que par les réclames trompeuses des financiers véreux et les allégations mensongères de certains fondateurs.

En particulier le dépôt préalable leur permettra de connaître ces fondateurs, puisqu'ils auront signé le projet des statuts, et aussi la clause permettant à l'assemblée générale de réduire le chiffre du capital social au montant des souscriptions réellement obtenues ; il peut arriver, en effet, que la souscription soit inférieure au capital annoncé ; dans ce cas, on considère généralement que les souscripteurs n'ont donné leur adhésion qu'en considération du chiffre primitif et que l'unanimité serait nécessaire pour opérer cette réduction du capital social, sauf si précisément une clause statutaire prévoyant le cas, a été portée à leur connaissance avant qu'ils ne souscrivent, clause qu'ils ont pu ainsi accepter en connaissance de cause ².

Bien entendu, le dépôt au greffe n'a en rien changé la *question de savoir si les statuts peuvent être modifiés par l'as-*

1. Cependant, certains auteurs distinguent si les irrégularités proviennent simplement de la violation des règles du taux minimum ou de la forme des actions, ou au contraire des autres règles constitutives : Thaller et Pic, n° 1056. Pour Arthuys, il faut dans tous les cas la constitution de la société, n° 678.

2. Sur cette question, voir p. 116 et ss.

semblée constitutive ; malgré l'opinion de certains auteurs (Alexandroff) l'affirmative, admise unanimement avant le décret, doit l'être également après ¹. En effet, le décret a eu simplement pour but de garantir la sincérité de l'émission, mais non de modifier les pouvoirs antérieurement reconnus aux assemblées constitutives : une fois l'émission terminée, le rôle du décret est terminé lui aussi. Le souscripteur en contractant a abandonné sa volonté au profit de la majorité et se plie par avance à ses décisions : la loi de la majorité est de l'essence même de la société moderne. Il faut donc conclure au maintien de la solution antérieure, sans réserve de la question de savoir quel quorum ou majorité devra réunir l'assemblée modifiant l'acte de société, question qui nous entraînerait hors de notre sujet.

Cependant, à peine promulgué le décret a soulevé de multiples critiques, les unes de détail, les autres de principe, et il faut bien reconnaître que certaines sont justifiées.

On a d'abord fait remarquer que le dépôt du projet aurait dû avoir lieu chez le notaire, et non au greffe du Tribunal ². En effet, le notaire est chargé par d'autres dispositions du décret que nous étudierons plus loin, d'un rôle plus actif que celui qui lui était dévolu auparavant : non seulement, il reçoit la déclaration de souscription et de versement, mais il doit se faire représenter les bulletins de souscription ainsi qu'un certificat du dépositaire des fonds constatant que le versement du quart a bien été fait sur toutes les actions. Pourquoi ne pas avoir prescrit chez lui le dépôt des statuts,

1. Ripert, cours 1937, p. 642. Copper-Royer, p. 691. Bosvieux, p. 2. *contra* : Alexandroff, p. 47. Dolbeau et Cantenot, *op. cit.*, 1938, n° 3 *bis* : pour ces auteurs, on ne peut invoquer ici la théorie de l'inexistence de la société pour deux raisons : parce que le contrat de souscription est *conditionnel*, subordonné à la constitution définitive, laquelle comprend la tenue d'assemblées constitutives qui peuvent décider certaines formalités de cette constitution aux simples majorités, et ensuite parce qu'il est un contrat *collectif*, qui doit subir la loi de la majorité.

2. Charron, p. 205 : puisque le notaire est chargé de vérifier la régularité de la constitution.

2. V. projet du Sénat, 20 février 1934, *Déb. parlem.*, 1934, p. 143, les interventions de MM. Bender et Lesaché, l'un pour le dépôt au greffe, ou chez le notaire, le second pour le dépôt chez le notaire uniquement.

d'autant qu'à la déclaration notariée devra être annexé par la suite le double de l'acte de société ou l'expédition délivrée par le confrère chez qui il aura été rédigé ? Le notaire aurait pu ainsi signaler aux fondateurs les clauses mal rédigées, voire même illégales ¹ pendant qu'il en était encore temps, alors que le greffier du Tribunal de commerce a un rôle tout passif ², n'ayant le droit de formuler aucune observation, si ce n'est pour des rectifications toutes matérielles. Cette solution avait été proposée déjà par le Sénat le 23 juin 1936 (voir *supra*). Mais peut-être le public prendra-t-il plus facilement le chemin du greffe que celui d'une étude de notaire ?

Par ailleurs, le texte ne prescrit le dépôt du projet qu'au greffe du Tribunal du siège social ³; d'où impossibilité pour les souscripteurs éloignés de se renseigner. Doit-on décider qu'une copie sera cependant déposée dans toutes les villes où les fondateurs ont ouvert les souscriptions ? Mais le texte est limitatif.

Enfin, on aurait pu centraliser tous les renseignements destinés à guider les souscripteurs soit sur le même document, le bulletin de souscription par exemple ⁴, soit au même endroit, par exemple, au greffe du Tribunal de commerce. Mais peut-être la reproduction sur le bulletin de souscription de la notice exigée par la loi de 1907 en cas d'émission publique l'aurait-elle alourdi et obscurci.

D'ailleurs d'autres auteurs s'attaquent au principe même de la réforme, tel M. Ripert ⁵, qui, dès avant la publication du décret faisait observer que, indépendamment de la modification possible des statuts par l'assemblée constitutive, ceux qui souscrivent ne demanderaient pas à en connaître le texte et que, le liraient-ils, ils le comprendraient mal,

1. Bosvieux, p. 8.

2. Bosvieux, p. 8. Charron, p. 204.

3. Charron, p. 204.

4. Dans le projet du 20 février 1934, la notice devait être reproduite en tête du bulletin de souscription.

5. P. 634 et 643. Également Léauzen-Leduc distingue entre la grande et la petite fraude, qui continuera à sévir.

étant assez long et reproduisant des textes entiers de la loi de 1867.

Cette critique nous semble en partie justifiée, car au fond il y a deux catégories de souscripteurs : la masse des petits épargnants qui souscrivaient sans s'inquiéter de la notice de la loi de 1907 et qui, il faut le craindre, ne s'inquiéteront sans doute pas beaucoup plus du projet des statuts ¹, et, d'un autre côté, les professionnels de la finance, qui ont l'intention de s'intéresser à la société, et qui la connaîtront déjà par « le dedans » d'une manière plus approfondie ; ils auront peut-être la majorité dans les assemblées constitutives, ce qui leur permettra de faire modifier les statuts dans un sens favorable à leurs intérêts. En réalité, les dispositions nouvelles ne seront efficaces qu'autant que les souscripteurs voudront bien qu'elles le soient ; là est l'écueil de tout système de protection du souscripteur par lui-même ; mais il était cependant nécessaire que le législateur aidât ceux qui essaient de défendre leurs intérêts contre les entreprises des spéculateurs malhonnêtes.

Section II. — Bulletin de souscription.

§ 1. — Comme nous l'avons vu (chap. 1^{er}) la souscription est un contrat synallagmatique entre les fondateurs de la société et chacun des souscripteurs. Or, antérieurement, aucune forme n'était prescrite pour établir l'existence de ce contrat ; la preuve de cette existence, en cas de litige, pouvait avoir lieu par tous moyens (p. 108 et ss.) correspondance échangée, présomptions avec commencement de preuve par écrit, présence aux assemblées et signature de la feuille de présence.

Dans la pratique, il était cependant d'usage d'envoyer aux futurs associés possibles des bulletins ² contenant certains renseignements sur la nouvelle société, envoi fait soit par les fondateurs, soit par l'intermédiaire des banques

1. Dalsace, p. 299.

2. Houpin et Bosvieux, n° 656.

chargées de l'émission ; ces bulletins contenaient également des blancs pour les nom, prénoms, etc., du souscripteur, sa signature précédée de « bon pour », et étaient établis sur timbre de dimension.

Mais cette pratique avait de nombreux inconvénients la rendant presque inutile :

— le bulletin étant facultatif, les fondateurs n'y mettaient que les indications favorables à la société ;

— la preuve contre les énonciations du bulletin pouvait se faire par tous les moyens (p. 108 et ss.) ;

— on ne dressait généralement pas de bulletin lorsque le capital était entièrement souscrit dès le début (hypothèse d'un syndicat de prise ferme), la société n'ayant alors plus aucun intérêt à conserver la trace de l'engagement de ses souscripteurs ceux-ci en étaient alors réduits à se rabattre sur la notie prescrite par la loi du 30 janvier 1907, et nous avons vu le peu de cas qu'ils en faisaient.

Et cette lacune dans notre Droit des sociétés était d'autant plus regrettable qu'elle contrastait avec les législations de nos pays voisins ¹.

C'est en effet la loi allemande du 30 janvier 1937 ² qui prescrit, dans son paragraphe 30, alinéa 1^{er}, la rédaction d'un bulletin fait en double exemplaire indiquant en particulier le nombre et le montant nominal des actions ainsi que leurs différentes catégories, la date de l'établissement des statuts, les noms, profession, adresses des fondateurs, le montant des versements prévus, etc ; c'est également la loi italienne ³ qui, dans son projet de 1925 prescrit au promotori de rédiger un programma contenant les principaux renseignements dont le souscripteur a besoin, ainsi que la déclaration expresse que celui-ci a pris connaissance et accepte le texte du programma (art. 129) ; enfin, la loi anglaise ⁴, dans son Cy Act du 10 mai 1929,

1. Voir p. 2 et ss., les lois anglaise, italienne, allemande, suisse.

2. *Bulletin de Statistique et de Législation comparée*, numéro de janvier 1937, p. 383 et ss.

3. André Percerou, *op. cit.*, n° 16. Pahud, *op. cit.*, p. 19 et ss.

4. André Percerou, *op. cit.*, p. 199 et ss., et p. 203 et ss.

prescrit avant la souscription la rédaction de deux actes constitutifs : le memorandum et les articles, qui sont nécessaires pour que les registrar puisse délivrer aux fondateurs le certificat d'incorporation ; d'autre part, si la société ouvre une souscription publique elle devra remettre à chaque souscripteur un prospectus contenant des renseignements nombreux et détaillés, qui sont exposés dans la cédule 4.

Ce n'est pas à dire cependant que des tentatives n'aient été faites chez nous pour y introduire cette réforme faite depuis longtemps à l'étranger, et nous retrouvons ici en sa faveur les projets de loi que nous avons déjà rencontrés en matière de dépôt préalable de l'acte de société, et que nous retrouverons au sujet du dépôt et retrait des fonds provenant des souscriptions ainsi que de la déclaration notariée, ce qui n'a rien pour nous surprendre, étant donné que toutes ces prescriptions forment un tout visant la sincérité dans les opérations constitutives et la protection de l'épargne. Nous voulons parler des projets de 1884 article 4, et de 1903 contenant déjà la plupart des mentions figurant dans le décret-loi de 1937 et même certaines dispositions qui n'y figurent pas et que l'on aurait aimé y trouver.

Plus près de nous, et malgré la réforme partielle de la loi de 1907 (ce qui prouve par ailleurs son insuffisance), nous rencontrons dans l'ordre les projets tant du Sénat que de la Chambre des députés, du 17 octobre 1933 annexe 2416, 27 juin 1934 annexe 3684, et proposition du 23 juin 1936 annexe 482, que nous étudierons en détail au cours de ce chapitre, en les comparant avec la réforme qui a enfin abouti l'année dernière.

Parallèlement à cet effort législatif se dessinait d'ailleurs un mouvement doctrinal très favorable, si l'on en juge par l'accueil que reçut auprès de certains auteurs le projet de 1903 ¹ ainsi que celui suggéré en 1931 par la Ligue pour la réforme des sociétés ².

1. Mouret, *Recueil de l'Académie de Toulouse*, p. 311 et ss.

2. *Rev. soc.*, 1931, p. 163.

Arrivant à l'étude même du bulletin de souscription tel qu'il résulte du décret-loi du 31 août 1937, nous examinons successivement le contenu de la réforme, son champ d'application, les sanctions dont elle est assortie, terminant par une étude critique sur ses avantages et ses inconvénients.

§ 2. — CONTENU DE LA RÉFORME

L'alinéa 4 du nouvel article 1^{er} de la loi sur les sociétés est ainsi conçu :

« Le contrat de souscription doit être constaté par un « bulletin de souscription signé du souscripteur ou de son « mandataire et mentionnant :

« 1^o La raison sociale de la société ;

« 2^o Le siège social ;

« 3^o L'indication sommaire de l'objet social ;

« 4^o La référence, en cas d'émission par voie d'appel au « public, au Bulletin des annonces légales obligatoires où « a été publiée la notice exigée par la loi du 30 janvier 1907 ;

« 5^o Le montant du capital en souscription, précisant la « part du capital représentée par des apports en nature et « la part du capital à réaliser en espèces ;

« 6^o Le lieu où sont versés les fonds provenant de la « souscription ;

« 7^o La date du dépôt des statuts au greffe par applica- « tion de l'alinéa 3 ci-dessus,

« Un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être « laissé au souscripteur et mention de cette remise doit figu- « rer au bulletin de souscription. »

Le décret a deux buts principaux :

a) Constituer un mode de preuve du contrat passé entre souscripteurs et fondateurs ;

b) Renseigner le souscripteur sur la future société par un document qui parvienne jusqu'à lui.

Le bulletin est en effet rendu maintenant obligatoire : « le contrat de souscription doit être constaté » dit le décret (art. 1^{er}, al. 4).

Une autre question d'ailleurs se pose à la lecture de ce membre de phrase : *le bulletin est-il une condition de validité du contrat de souscription ou seulement un mode de preuve ?* A ce sujet, il est intéressant de noter que tous les projets antérieurs à notre décret disaient « le contrat *se forme* », faisant ainsi du bulletin une des conditions d'existence même de la souscription. Seul, le projet de 1903 était rédigé comme le décret actuel ; celui-ci en disant que le contrat de souscription *se constate* par un bulletin, fait seulement de celui-ci un mode de preuve, revenant en cela d'ailleurs au droit commun des contrats en droit français¹, dans lequel ceux-ci n'exigent pour leur existence que trois conditions : l'accord de volonté, un objet, une cause. (Nous retrouverons d'ailleurs cette question plus loin, p. 113.)

Poursuivant la lecture du texte, nous constatons que le bulletin doit être signé du souscripteur ou de son mandataire. Peu de difficultés à ce sujet : en cas de signature par mandataire, le mandat devra être donné par écrit, notarié sous seing privé².

Quels seront les effets de la signature du bulletin ? Les mêmes que ceux antérieurement produits par la souscription, au cas où elle était constatée par écrit, en particulier l'adhésion du signataire au texte des statuts déposés *ne varietur* au greffe du Tribunal de commerce et dont le souscripteur est censé avoir pris connaissance, et l'engagement de verser les quarts supplémentaires à l'appel du Conseil d'administration³.

Mais beaucoup plus important est l'examen des différentes mentions que doit contenir le bulletin, auquel nous

1. Capitant et Colin, t. II, p. 16 et 23. Charron, p. 207. Voir Solus, n° 19, sur le point de savoir si le bulletin est exigé *ad solennitatem* ou *ad probationem*, et arguments de cet auteur en faveur de la deuxième solution.

2. Charron, p. 207. Dolbeau et Cantenot, 1938, n° 5 : il sera prudent de faire légaliser le mandat.

3. Sur l'acceptation des fondateurs, voir *supra*, p. 33 et ss. L'engagement du souscripteur est également subordonnée à la condition de la constitution définitive de la société. Bosvieux, p. 11.

arrivons maintenant ; mentionns que nous étudierons dans l'ordre du texte, pour plus de commodité et de clarté.

Mention 1. — La raison sociale : aucune difficulté à ce sujet, si ce n'est que le décret est incorporé dans l'article 1^{er} de la loi de 1867, qui ne parle que des commandites ; son application aux sociétés anonymes est prévue par l'article 24 ; or, la société anonyme ne peut avoir de raison sociale, car celle-ci ne comprend que les noms des personnes indéfiniment responsables des dettes sociales, responsabilité qui est exclusive de la forme anonyme ; pour elle, ce sera sa dénomination commerciale qu'il faudra indiquer ; c'est une petite lacune que le législateur aurait pu éviter, et que n'avaient pas commise les projets antérieurs ¹.

Mention 2. — Le siège social : indiquera en particulier au souscripteur le lieu du dépôt des statuts.

Mention 3. — L'indication sommaire de l'objet social : le mot sommaire n'est pas de trop ; en effet, la description de l'objet social est toujours longue et compliquée dans les sociétés par actions ; c'est que l'activité de la société doit être prévue aussi exactement que possible, toute modification postérieure de l'objet social prenant le caractère d'une modification des statuts et exigeant comme telle la réunion d'une assemblée générale extraordinaire, avec quorum des trois quarts du capital et majorité des deux tiers des actionnaires (art. 31, al. 3, modifié par la loi du 22 novembre 1913).

Mention 4. — Référence, en cas de souscription publique, au numéro du Balo où a été publiée la notice de la loi de 1907.

En effet, la notice exigée par la loi de 1907 contient de nombreuses indications que l'on ne retrouve pas dans le bulletin : indication des avantages particuliers réservés aux fondateurs ou administrateurs, modes de convocation et de réunion des assemblées, etc... Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, peu de personnes se réfèrent

1. Solus, n° 17.

au *J. O.* et souscrivaient les yeux fermés ; et c'est pour cette raison que certains auteurs ¹ regrettent que l'on n'ait pas exigé la reproduction des indications de la notice sur le bulletin ; c'est d'ailleurs à cela que tendait le projet de 1903 en prescrivant un bulletin où l'on retrouve presque toutes les mentions de la notice ; mais il faut observer qu'alors celle-ci n'existait pas, et les auteurs du décret de 1937 ont sans doute estimé qu'il était inutile d'alourdir le texte du bulletin, puisque le souscripteur peut maintenant se reporter tout à loisir, s'il est soucieux de ses intérêts, au *J. O.* qui la contient, voire même au texte des statuts.

Mention 5. — Le montant du capital en souscription, précisant la part représentée par des apports en nature et la part à réaliser en espèces.

Quel a été le but du législateur en faisant préciser dans le bulletin l'importance des apports en nature par rapport à ceux fournis en numéraire ? Sans aucun doute, il a voulu prémunir les souscripteurs en numéraire contre les fraudes auxquelles se livrent trop souvent les apporteurs en nature ; les apports de ce genre faisant partie du capital social doivent être en effet rémunérés par des actions, mais pour cela, il est indispensable de connaître la valeur de ces apports de façon à connaître le nombre d'actions à attribuer en compensation à leurs auteurs ; or, ceux-ci céderont quelquefois à la tentation de surévaluer frauduleusement ces apports, ou encore apporteront à la société des biens d'une valeur fictive ou affectés d'une charge en diminuant la valeur ².

La loi bien entendu a pris des mesures pour prévenir ces fraudes.

L'article 4 de la loi de 1867 prescrit la nomination par la première assemblée constitutive de commissaires aux apports chargés de faire un rapport circonstancié sur la réalité et le caractère sérieux des apports en nature, rapport qui sera soumis à l'approbation et au vote de la deuxième

1. Solus, *op. cit.*, n° 17.

2. Houpin et Bosvieux, n° 696, *in fine*.

assemblée ; ces mesures ont encore été renforcées par les deux règles de la libération intégrale des actions d'apports au moment de la constitution et de l'impossibilité de les négocier pendant les deux premières années, règles édictées par la loi de 1893 ; enfin, un décret-loi du 8 août 1935 a édicté une série de cas d'incompatibilité visant la fonction de commissaires aux apports, à raison de parenté ou d'alliance, de la déchéance de la fonction de gérant ou administrateur, etc., et le décret de 1937 lui-même prescrit, en cas de souscription par appel au public, le choix d'un commissaire au moins sur une des listes des tribunaux du ressort de la Cour d'appel du siège social.

Mais il est douteux que cela mette fin à toutes les fraudes antérieures ¹ et il y en a de nombreux exemples. D'autre part, il faut observer qu'il y a des apports qu'il est impossible de rémunérer par des actions, sous peine de rendre fictive une partie du capital social, par exemple l'apport de travaux, études, dépenses, démarches pour la constitution ou le fonctionnement de la société, étant donné l'impossibilité de libérer entièrement ces apports dès le début.

Tout cela explique que certains apporteurs en nature aient le désir d'échapper à la vérification de la valeur des biens qu'ils apportent à la société, par exemple par le moyen d'une souscription en numéraire suivie d'une vente après constitution, vente dont le prix est compensé avec les quarts restant encore dus ; cette opération, licite en elle-même, cache en effet très souvent une fraude ayant pour but d'échapper à la vérification de l'article 4 et à l'innégociabilité biennale ².

C'est pourquoi, devant l'efficacité toute relative des précautions légales, les auteurs du décret-loi de 1937 ont décidé de mettre le souscripteur lui-même en garde contre les fraudes.

Il est vrai que l'on aurait pu imaginer d'autres systèmes : étendre par exemple aux sociétés par actions la règle édictée

1. Houpin et B., n° 696 et 714.

2. Houpin et Bosvieux, n° 715.

pour les S. A. R. L. (où il n'y a pas de vérification des apports) et qui déclare solidairement responsables envers les tiers de la valeur attribuée faussement aux apports en nature tous les associés, ou encore, comme certains auteurs le proposent, de déclarer solidairement responsables les apporteurs, fondateurs et premiers administrateurs désignés par les statuts.

Mais il faut remarquer qu'au fond cette mention 5 fait partie d'un ensemble de mesures prises par les récents décrets, dont nous avons parlé plus haut :

Décret-oi du 8 août 1937 sur l'amélioration du choix des commissaires aux apports ;

Décrets-lois de 1937 sur le choix en cas d'appel au public sur une liste spéciale ;

Décret-loi de 1937 ajoutant un alinéa 8 à l'article 15 de la loi de 1867 pour créer un délit de surévaluation frauduleux des apports en nature.

La mention prescrivant au gérant ou fondateur d'indiquer la part du capital social représentative d'apport en nature avertira donc le souscripteur d'actions de numéraire du danger plus ou moins grand que présente son entrée dans une telle société.

Le législateur aurait pu aussi prescrire la mention de l'existence de catégories d'actionnaires différentes, les modalités et époques d'appel de fonds, l'indication du taux des actions, comme le préconise M. Bosvieux ¹, faisant remarquer que le texte proposé par le Sénat le 20 février 1934 imposait les deuxième et troisième conditions.

Au sujet de cette mention 5, prescrivant d'indiquer le montant du capital en souscription se pose la question de savoir si le bulletin doit porter mention de la clause des statuts prévoyant qu'au cas où la souscription n'atteindrait pas le chiffre primitivement prévu, le montant du capital pourrait être réduit au montant des souscriptions réellement obtenues. Nous verrons plus loin (p. 117 et ss.) que cette réduction est impossible sans le consentement

1. Bosvieux, *J. soc.*, 1937, p. 11.

unanime des souscripteurs, sauf si une clause spéciale est prévue dans les statuts ou dans le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire décidant l'augmentation de capital.

Il faut répondre par l'affirmative : cette clause doit être mentionnée dans le bulletin, quoique le souscripteur puisse également la trouver dans le projet des statuts. La solution était déjà admise antérieurement ¹.

Mention 6. — Le lieu où sont versés les fonds provenant de la souscription : nous verrons plus loin en effet (p. 155 et ss.) que ceux-ci doivent être déposés en certains endroits et non plus dans n'importe quelle banque. Cette mention figurait déjà dans le projet de 1903.

Mention 7. — La date du dépôt des statuts au greffe, par application de l'alinéa 3² : l'utilité de cette disposition est évidente ; elle permettra au souscripteur (tout au moins celui qui est soucieux de ses intérêts) de connaître l'acte de la future société beaucoup plus en détail que par le bulletin lui-même.

Par ailleurs la date du dépôt fait courir le délai de six mois à partir duquel chacun pourra exiger du juge des référés le remboursement des deniers en cas de non-constitution de la société.

Bien entendu, en cas d'augmentation de capital, c'est la date du dépôt de la copie de la délibération de l'assemblée ayant décidé l'augmentation que le bulletin devra porter.

Il faut observer par ailleurs que le texte ne reprend pas le mot « projet des statuts » qui figure dans l'alinéa 3 nouveau ; il s'agissait donc bien, comme nous le disions, d'un texte rédigé définitivement.

Enfin, l'on a fait observer ³ avec raison que le décret n'exigeait pas l'indication du lieu du dépôt des statuts, alors que cette mention figurait dans les projets du 17 octobre 1933 et 23 juin 1936, indication qui s'expliquait par

1. Houpin et Bosvieux, n° 730 et Cass., 13 novembre 1907.

2. Pour Dolbeau et Cantenot, *op. cit.*, 1938, n° 6, les trois dernières mentions ont surtout un but de publicité.

3. Solus, p. 21, n° 2.

ce fait que ces mêmes projets imposaient le dépôt de l'acte de société chez un notaire, soit rédacteur de la déclaration de souscription et de versement, soit dépositaire des fonds. Mais nous avons vu *supra* (p. 64) que le dépôt n'avait besoin d'avoir lieu qu'au greffe du tribunal du siège social ; or, il est indiqué dans le bulletin (mention 2). D'ailleurs, s'il avait été effectué dans d'autres villes, en pratique les fondateurs ne manqueront pas de mentionner dans le bulletin ces différents endroits.

Enfin l'alinéa 5 du nouvel article 1^{er} prescrit qu'un exemplaire du bulletin sur papier libre soit laissé au souscripteur et que mention de cette remise doit figurer au bulletin de souscription ¹.

Ainsi, le souscripteur gardera la trace de son engagement et des diverses mentions analysées ci-dessus ; d'autre part, il sera garanti contre une modification postérieure du bulletin par les fondateurs ; en effet, en cas de différence entre le bulletin et l'exemplaire remis au souscripteur, soit sur le nombre des actions souscrites, soit sur leur montant nominal, soit sur la somme à payer, la date du dépôt des statuts au greffe, etc..., c'est, bien entendu, l'exemplaire du souscripteur qui fera foi, et celui-ci ne pourra se trouver engagé que dans les termes du bulletin qu'il a entre les mains ².

S'agit-il d'un double au sens de l'article 1325 du Code civil qui exige que tous les actes sous seing privé constatant une convention synallagmatique soient dressés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, donc au moins deux ? Il ne le semble pas puisque la souscription est une opération commerciale qui, de droit commun, est soustraite à la formalité du double ³, et que, d'autre part, le législateur n'a pas fait ici de dérogation expresse.

S'agit-il alors d'une copie, comme certains l'ont soutenu ⁴ ?

1. Réforme d'autant plus utile que l'usage était contraire auparavant. Cf. Pic, t. I, n° 872.

2. Bosvieux, p. 11. Charron, p. 207.

3. Houpin et Bosvieux, n° 656. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 687. S. 1900-1-65, *contra* : Pont, n° 380.

4. Charrou, p. 207.

Pas nécessairement, puisque le décret a employé le mot « exemplaire ». La différence est que la copie doit contenir toutes les mentions manuscrites de l'original, tandis que l'exemplaire pourra contenir des blancs. On ne peut qu'admettre cette dernière solution¹ la lettre du décret étant trop claire pour qu'on puisse en tourner le sens ; mais c'est assurément là une lacune regrettable que n'avaient pas faite le projet 2416 et la proposition n° 482, d'autant plus que, comme on l'a fait remarquer², certains héritiers oublient parfois le nombre d'actions souscrites par leurs auteurs et sont contraints de s'adresser au contentieux des sociétés.

Par ailleurs, le bulletin portera mention que la remise d'un exemplaire a bien été faite au souscripteur : ainsi celui-ci, en parcourant le bulletin qu'il signe, saura qu'on doit lui en remettre un exemplaire et il pourra l'exiger.

Enfin, le texte, par ces mots « un exemplaire sur papier libre », indique par *a contrario* que le bulletin lui-même devra être établi sur papier timbré : solution logique, puisque la masse des bulletins devra être représentée au notaire, lors de la déclaration de souscription et de versement³.

§ 3. — SPHÈRE D'APPLICATION DU DÉCRET-LOI

1° Les bulletins doivent être dressés aussi bien par une société dont les fondateurs se répartissent tous les titres ou qui les cède en bloc à un syndicat d'émission que par une société faisant appel à l'épargne publique...

La nouvelle prescription est également applicable au cas d'augmentation de capital, comme toutes les autres prescriptions du nouveau décret⁴.

Spécialement, en vertu de la mention 5, les fondateurs

1. En ce sens, Solus, n° 18 et Dalsace, p. 300.

2. Dalsace, p. 299.

3. Voir Copper-Royer, t. I, p. 699, sur l'application de la loi fiscale du 23 août 1871 au bulletin de souscription.

4. Solus, n° 15. Charron, p. 207. Bosvieux, p. 34.

ou gérant devront faire figurer dans le bulletin la clause de la délibération de l'assemblée générale ayant voté l'augmentation et autorisant le Conseil d'administration à réduire le chiffre du nouveau capital au montant des souscriptions réellement obtenues ou à un chiffre minimum qu'elle aura fixé elle-même¹ ; en effet, le texte est aussi extensif que possible (le montant du capital en souscription).

Toujours à propos de cette mention 5 se pose une autre question importante : le montant de la prime d'émission devra-t-il être indiqué ? Suivant la lettre du texte, il n'y aurait pas lieu de le faire : en effet, suivant l'opinion généralement admise, la prime ne fait pas partie du capital social et n'entre pas en ligne de compte pour le calcul du versement du quart². Ce n'est qu'un apport supplémentaire qui est destiné à rétablir l'égalité entre les anciens actionnaires qui ont couru les risques du début et les nouveaux actionnaires qui vont bénéficier tout de suite de la plus-value de l'entreprise. Cependant, nous estimons que le montant devra en être indiqué : en effet, il s'agit moins au fond d'énoncer dans le bulletin des précisions d'ordre juridique que de renseigner le souscripteur sur ce qui est susceptible de l'intéresser : or, il est bien évident que le souscripteur l'est vivement par la somme totale qu'il aura à payer sur chaque action souscrite.

En même temps que l'indication du lieu du dépôt des fonds, les fondateurs pourront laisser entendre que ces fonds resteront dans la caisse sociale jusqu'à la répartition des actions souscrites tant à titre irréductible qu'à titre réductible, et déposés ensuite chez le dépositaire légal jusqu'à la réalisation définitive de l'augmentation³.

Mise en application des nouvelles dispositions. — Nous avons indiqué *supra* p. 55 et ss. la distinction faite par le décret à propos de la date de sa mise en vigueur. Il nous

1. *Infra*, p. 117.

2. Houpin et Bosv., t. II, nos 731 et 726.

3. Copper-Royer, p. 708.

faut examiner ici les difficultés qui se posent selon que la phase de constitution de la société ou d'augmentation de capital, est plus ou moins avancée.

Laissons de côté le cas d'une société qui n'a pas encore procédé à la souscription de ses actions au jour de la mise en vigueur du décret et qui devra évidemment délivrer des bulletins réguliers après avoir effectué le dépôt des statuts au greffe, et envisageons l'hypothèse beaucoup plus délicate d'une société en voie de constitution ou augmentant son capital social qui, au jour de la mise en application des dispositions nouvelles, a déjà fait souscrire intégralement son capital, mais dont les fondateurs n'ont pas encore effectué la déclaration notariée. On pourrait être tenté de dire, comme certains ¹, qu'une fois les bulletins signés et la souscription couverte, il y a un lien de droit formé entre les fondateurs et chacun des souscripteurs auquel la loi ne peut porter atteinte, les formalités postérieures à la signature des bulletins (versement chez un notaire ou à la caisse des Dépôts et Consignations, blocage des fonds, retrait) devant seules être effectuées d'après les modes prévus par le nouveau décret. Mais il y a lieu de noter précisément que le notaire, lors de la déclaration de souscription et de versement, doit se faire représenter les bulletins, et il ne peut s'agir que de bulletins conformes au décret-loi ; il y a mieux, les bulletins devant contenir les mentions que nous avons étudiées plus haut et en particulier la mention 7 prescrivant l'indication de la date du dépôt des statuts au greffe, ce dépôt devra lui-même être préalablement effectué. Finalement, notre solution aboutit à contraindre les fondateurs à respecter les nouvelles prescriptions du décret, même avant sa mise en application, toutes les fois qu'ils prévoieront que celle-ci arrivera avant que la déclaration notariée puisse être faite.

D'ailleurs, cette solution ne va pas à l'encontre du principe de la non-rétroactivité des lois. Il s'agit plutôt là de

1. Bosvieux, p. 29. Charron, p. 218. Voir aussi Solus, n° 29 et Alexandroff. *Sem. Juridique*, 23 janvier 1938, p. 47.

l'application immédiate des dispositions nouvelles. Car, si l'on admettait que, même après la date de mise en vigueur du décret, les bulletins constatant l'engagement des souscripteurs puissent ne pas être conformes à celui-ci, les formalités postérieures, en particulier la déclaration notariée, échapperaient aussi à l'application de la loi nouvelle, même après sa mise en vigueur.

A moins que l'on ne soutienne que le gérant ou les fondateurs, une fois les formalités constitutives commencées ont un droit acquis à bénéficier des anciennes dispositions jusqu'à la constitution définitive ? Une telle thèse semble insoutenable. Il y a en effet en droit privé deux catégories de lois, les lois supplétives qui ne font que prévoir les lacunes de la volonté présumée des parties, dans un domaine où elle est souveraine, et les lois impératives qui, pour des raisons d'ordre public ou moral, prescrivent obligatoirement qu'une opération juridique déterminée s'accomplira désormais de telle ou telle façon, la manière dont on l'accomplissait jusqu'alors cessant d'être valable à partir de la prolongation de la loi nouvelle ¹.

Si bien que ce seront plutôt les souscripteurs qui ont droit à bénéficier des dispositions nouvelles dans toute la mesure du possible, la protection de l'épargne constituant incontestablement un intérêt d'ordre public à l'application immédiate de la loi.

Le législateur aurait peut-être dû prévoir la question ; en effet, les sociétés déjà existantes qui augmentent leur capital ne doivent se soumettre au nouveau décret que dès le premier exercice s'ouvrant trois mois après sa publication, elles ont donc tout loisir pour s'y conformer par avance ² ; mais pour les sociétés qui se constituent, l'application a lieu immédiatement, elles ne pouvaient donc se conformer à des dispositions qu'elles ne connaissaient pas ; les auteurs du décret auraient pu envisager expressément cette hypothèse.

1. En ce sens Capitant, t. I, p. 61 en haut.

2. Bosvieux, p. 29.

§ 4. — SANCTIONS DES PRESCRIPTIONS
RELATIVES AU BULLETIN

C'est tout d'abord la nullité soit de la société¹, soit de l'augmentation de capital projetée et des modifications statutaires qui en découlent². Au sujet des personnes pouvant se prévaloir de la nullité de la trop grande rigueur de cette sanction, il suffit de renvoyer aux explications que nous avons données au sujet du dépôt préalable des statuts au greffe. Dans quels cas spécialement la nullité pourrait-elle être invoquée ? Toutes les fois qu'une irrégularité quelconque se sera glissée dans la rédaction, volontaire ou non, par exemple l'omission d'une seule des mentions que nous avons analysées plus haut, ou encore dans le cas où l'exemplaire requis n'aurait pas été remis aux souscripteurs.

C'est aussi la responsabilité civile des gérants, administrateurs et membres du premier conseil de surveillance, du dommage résultant pour les tiers de l'annulation de la société ou de l'augmentation de capital, et ce, en vertu de l'article 8, alinéa 1^{er} et de l'article 42 de la loi de 1867, modifiée par celle de 1893.

Est-ce que les régularisations de cette loi du 1^{er} août 1893 et du décret-loi du 30 octobre 1935 pourront jouer dans notre cas ? Il semble que cela soit possible, les fondateurs remplaçant les bulletins irréguliers par des bulletins conformes au décret, après avoir fait au besoin le dépôt préalable du projet des statuts au greffe. Cependant, certains auteurs³ déclarent que, s'agissant d'un vice du consentement, les régularisations en question ne peuvent recevoir application ; d'ailleurs, cette question de régularisation est au fond secondaire, puisque de toutes façons tout sera à recommencer et même la déclaration notariée si elle avait été faite, le notaire ne pouvant accepter comme on l'a vu que des bulletins parfaitement réguliers, et secondaire aussi la question

1. Un décret-loi du 30 octobre 1935 en a fait une nullité absolue.

2. Copper-Royer, p. 697. Solus, n° 10 et 19.

3. Charron, p. 218.

de la possibilité pour le tribunal saisi d'une demande en nullité, d'accorder un délai, même d'office, pour couvrir cette nullité (art. 8, al. 5) de la loi de 1867.

Il y a enfin lieu de faire jouer la sanction de l'article 13 de la loi de 1867 : seront punis d'une amende correctionnelle de 500 à 10.000 francs, tous ceux qui, de bonne ou de mauvaise foi, auront participé à l'émission des actions d'une société dont les bulletins de souscription n'étaient pas conformes au texte du nouvel article 1^{er}, c'est-à-dire pratiquement les gérants ou fondateurs, et les administrateurs en fonctions au moment de l'augmentation de capital. Pour les conditions d'application (constitution définitive de la société, etc...) voir *supra* p. 61 et suivantes.

§ 5. — APPRÉCIATION DES DISPOSITIONS RELATIVES AU NOUVEAU BULLETIN DE SOUSCRIPTION

La réforme part certes, d'un principe excellent, car, reprenant dans leur esprit les projets antérieurs, elle a mis un terme aux souscriptions faites dans la plus complète ignorance de la future société. Désormais, le souscripteur, s'il est soucieux de ses intérêts, pourra se rendre compte par lui-même des plus ou moins bonnes conditions financières ou économiques, dans lesquelles la société se constitue, et surtout il connaîtra désormais la personnalité de ceux qui s'intitulent fondateurs, si tant il est vrai ¹ que ce sont toujours les mêmes personnes que l'on trouve à la base de toutes les affaires véreuses. D'autres part, la preuve du contrat de souscription devra se faire par le bulletin.

Cependant, on peut regretter le contenu trop succinct du bulletin tel qu'il ressort du décret. Le projet de 1903, beaucoup plus complet à cet égard, contenait, outre la plupart des indications actuelles, les mentions de la durée de la société, du mode de libération de chaque action, les avantages particuliers réservés au gérant ou à toute autre personne, la désignation des apports et leur mode de rémunéra-

1. Leouzou-Leduc, p. 211.

tion, la forme de convocation aux assemblées générales, etc.

Il est vrai que depuis il y a eu la notice prescrite par la loi de 1907 contenant ces indications ; toute la question est de savoir si on doit laisser au souscripteur le soin de consulter la notice, ou si, prévoyant sa paresse, on doit lui mettre toutes ces indications sous les yeux : c'est ce que faisait le projet sénatorial du 20 février 1934, exigeant que la notice soit reproduite en tête du bulletin.

Il est intéressant de noter que le projet du 17 octobre 1933 exigeait en particulier la mention :

1° Des diverses catégories d'actions et la valeur nominale de chacune d'elle ; ce qui permettra au souscripteur de connaître la proportion des actions (actions de jouissance et actions d'apport) déjà libérées pour le tout et sous la forme au porteur, ainsi que l'importance des actions de priorité (loi du 16 novembre 1903) conférant à certains actionnaires des avantages sur le paiement des dividendes ou au moment de la liquidation sur le remboursement de l'actif net.

2° Du mode de libération de chacune d'elle.

Des dispositions utiles à reprendre dans le bulletin eussent été aussi celle figurant dans le projet du 23 juin 1936 : le souscripteur inscrira en toutes lettres le nombre d'actions souscrites et la somme totale à verser¹. Toutes ces critiques faites ne sont que partiellement justifiées : car il y a lieu de remarquer qu'outre la notice de la loi de 1907 que le souscripteur peut toujours consulter, le dépôt du projet des statuts et le bulletin de souscription forment une réforme d'ensemble en deux temps, au point de vue de la protection du consentement du souscripteur : toutes ces indications celui-ci les trouvera au greffe du Tribunal de commerce (le projet du 17 octobre 1933 exigeait la mention manuscrite du signataire qu'il avait pris connaissance des statuts). Enfin, l'énumération du nouveau texte n'étant pas limitative, les fondateurs pourront

1. L'amendement Bender adopté au Sénat le 20 février 1934, le prévoyait.

mettre dans les bulletins toutes autres mentions utiles¹.

A ce sujet se pose une question qui préoccupait déjà antérieurement la jurisprudence. Il était quelquefois d'usage auparavant, de faire apposer par le souscripteur au bas du bulletin, la mention « bon pour... actions » ; il était décidé d'ailleurs que le contrat de souscription étant de nature synallagmatique et par ailleurs pouvant se prouver par témoins étant également d'ordre commercial, la formalité du « bon pour » requise par l'article 1326 du Code civil pour les actes unilatéraux n'était pas ici nécessaire², même de la part d'un souscripteur non commerçant³. La solution doit encore être admise depuis le décret, faute de prescription à cet égard. Il faut espérer cependant que les fondateurs ne manqueront pas de continuer cet usage, qui ne peut que renforcer la protection du consentement donné par le souscripteur.

Finalement, on peut conclure de toutes ces observations que le bulletin de souscription tel qu'il résulte des dispositions nouvelles contient moins les renseignements utiles à tout souscripteur soucieux de ses intérêts que l'indication des endroits (*J. O.* et greffe du Tribunal de commerce) où il pourra les trouver.

1. Par exemple celle prévoyant la répartition des frais ou d'une partie des frais entre les souscripteurs en cas d'échec de la société. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 694. Lacour et Bouteron, n° 424. Douai, 26 novembre 1925, Recueil Douai, 1926-9, *Revue des soc.*, 1926-22.

2. Pic, n° 902 en note. Houpin et Bosvieux, n° 653. Arthuys, n° 322. *contra* Nantes, 28 juin 1879 qui en fait une nullité relative.

3. Larombière, article 1326, n° 19. Bonier : *Traité des preuves*, n° 676. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, t. III, n° 58. Arthuys, n° 322. Houpin et Bosvieux, n° 656.

CHAPITRE III

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION

Nous avons examiné dans les chapitres précédents de quelles manières le législateur de 1937 s'était efforcé de remédier aux abus dont le souscripteur était victime au moment de son engagement, et de protéger son consentement.

Mais cela ne suffit pas, il faut encore que sa volonté ne soit pas viciée dans ces éléments, ou que son consentement ne soit pas donné en état d'incapacité. Tout ceci est du droit commun.

La souscription, d'autre part, devra obéir à des règles précises posées par la loi de 1867 et les lois postérieures, règles édictées cette fois-ci dans l'intérêt de la société elle-même.

Section I. — Conditions de droit commun.

§ 1. — RELATIVES A LA CAPACITÉ

On distingue traditionnellement ¹, selon que les actions souscrites doivent être ou non entièrement libérées dès l'origine.

Dans le premier cas, on considère qu'il ne s'agit que d'un simple emploi de fonds, que peuvent faire tous ceux qui peuvent accomplir seuls les actes d'administration relatifs à leur patrimoine : femme mariée ², mineur émancipé,

1. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 644.

2. Lyon-Caen et Renaud, n° 76, note 2. *Toulouse*, 6 juin 1883. *J. soc.*, 1886-129.

lorsqu'il s'agit du placement de ses revenus ¹, père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs, tuteur ; pour ce dernier, on en a discuté la possibilité sans autorisation du conseil de famille ou même homologation du Tribunal au-dessus de 1.500 francs, en s'appuyant sur l'article 6 de la loi de 1880 ; nous avons déjà fait justice de cette prétention.

Si, au contraire, le quart seulement a été versé, le souscripteur devra avoir la capacité de s'obliger, en raison des versements qui restent à faire ². Donc, tous les incapables mentionnés ci-dessus ou leurs représentants légal ou judiciaire devront se munir des autorisations prévues par le Code civil, sauf s'il s'agit de la femme mariée qui, par la loi du 6 février 1893 avait déjà recouvré sa capacité au cas de séparation de corps, et qui l'a recouvrée dans tous les cas depuis celle du 18 février 1938 ³.

D'autre part, on décide généralement qu'un commerçant en état de faillite peut valablement souscrire, car sa qualité de failli ne fait pas de lui un incapable au sens juridique ⁴. La souscription peut encore être faite par des membres d'une même famille ⁵, par mandataire, mais non par prête-nom, en raison de ce que celui-ci dissimule la véritable identité du souscripteur. Spécialement, la souscription peut-elle être faite par une société ? S'il s'agit pour elle de souscrire des actions d'une autre société, cela lui est possible dans les limites des statuts et de l'objet social, par un représentant autorisé ; il faut craindre d'ailleurs dans ce cas la formation de syndicats d'accaparement et une concentration trop grande des sociétés entre elles (filiales), et ceci en dépit de la loi du 3 décembre 1926 répri-

1. Thaller et Pic, n° 876. Goirand, n° 96.

2. Houpin et Bosvieux, n° 644 et 644 bis.

3. Tout au moins lorsqu'il s'agit de la nue-propriété de ses propres ou de ses biens réservés. Sur cette question, une excellente étude de M. Eismein, *G. P.*, 1938, n° *Sem. Doctrine*, p. 38 et ss.

4. Mais il pourra y avoir souscription fictive. *Le Havre*, 17 janvier 1912, *J. soc.*, 1914-377.

5. *Nantes*, 11 décembre 1908. *J. soc.*, 1908-130.

mant le délit de coalition. Au contraire, la souscription par une société de ses propres actions est impossible si elle a lieu avec une partie du capital social, car elle le rendrait par là même fictif ; mais cette opération peut être effectuée avec des réserves, c'est la pratique très courante de l'amortissement du capital social.

La nullité pour cause d'incapacité ne peut bien entendu être invoquée que par l'incapable lui-même, conformément à l'article 1304 du Code civil ; cependant, il a été jugé que si l'incapable était une société par actions, la nullité de celle-ci pourrait être invoquée par tout intéressé.

§ 2. — RELATIVES AUX VICES DU CONSENTEMENT

Conformément au droit commun, la souscription pourra être annulée en cas d'erreur sur l'objet, la nature ou l'identité de la société.

Que faut-il décider en particulier lorsque l'engagement du souscripteur aura été déterminé par les manœuvres dolosives des fondateurs ? Tout d'abord ces manœuvres devront avoir été caractérisées, et le dol devra être déterminant (art. 1116 du Code civ.).

Mais le souscripteur pourra-t-il opposer le dol des fondateurs à la société ? On l'a nié¹ en prétendant que la souscription n'était qu'un avant-contrat se distinguant du contrat définitif de société et conclu entre des personnes différentes (or, le dol ne peut être opposé qu'au co-contratant) ; cependant les fondateurs en acceptant la souscription se comportent comme des gérants d'affaires de la société vis-à-vis du souscripteur, or il est reconnu que le dol du gérant peut être invoqué contre le maître de l'affaire². Mais le dol ne pourrait être opposé aux créanciers sociaux exerçant l'action directe qui leur appartient contre

1. Copper-Royer, t. I, p. 133. Ripert, cours 1936-1937, p. 641.

2. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 689. Zeraffa, thèse citée, p. 31 et ss., fait appel aux règles ordinaires de la représentation.

chaque souscripteur ¹, car ils sont bien des tiers au sens de l'article 1117 du Code civil. Il ne pourrait pas l'être non plus au syndic en tant que représentant la masse des créanciers ; il en serait autrement s'il se bornait à poursuivre les intérêts de la société elle-même ².

On en a conclu que le souscripteur ne pouvait pas agir contre la société en résolution de son engagement du fait de l'inexécution des obligations des fondateurs envers lui ³ ; cependant, il le pourrait s'il s'agissait d'un dol : pourquoi cette différence ? C'est peut-être parce que, d'un côté, il y a vice affectant le contrat lui-même, tandis que de l'autre, il n'y a qu'inexécution d'une obligation résultant du contrat, et donnant lieu seulement à dommages-intérêts, selon le droit commun.

Section II. — Conditions tenant aux règles particulières des sociétés par actions.

Elles sont au nombre de quatre :

- a) Relatives au taux minimum des actions ;
- b) Relatives à la règle de la souscription pure et simple ;
- c) Relatives à la règle de l'intégralité de la souscription ;
- d) Relatives à la règle de la sincérité et de la loyauté des souscriptions.

§ 1. — TAUX MINIMUM DES ACTIONS

La question du taux minimum des actions émises dans les sociétés par actions présente une grande importance pratique.

Des actions de trop grande valeur nominale décourageraient l'épargne et favoriseraient l'invasion du marché

1. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 689. Lacour et Bouteron, n° 399. *Cass.*, 10 février 1868 S. 1868-1-149 (2) *Seine*, 12 juin 1897. *D. P.* 1897-2-489 et note de Floucaud-Pénardille : selon cet arrêt, la ratification du souscripteur est impuissante à couvrir la nullité lorsque la cause de celle-ci continue d'exister. Houpin et Bosvieux, n° 650.

2. Houpin et Bosvieux, n° 650. Dalloz « Société » supplém. n° 1211.

3. *Seine*, 2 mars 1935-1-613.

national par des titres de sociétés étrangères de taux plus bas ; un taux trop peu élevé pourrait par contre présenter l'inconvénient d'introduire chez les petits épargnants un esprit de spéculation dangereux.

Aussi, ne doit-on pas s'étonner que le législateur ait toujours eu le souci de concilier ces intérêts en apparence contraires, et de contraindre les sociétés à diviser leur capital en actions ou coupures d'actions d'un montant de nature à éviter ces inconvénients.

C'est ainsi que la loi de 1867 dans son article 1^{er} avait décidé que les sociétés ne pourraient diviser leur capital en titres de moins de 100 francs lorsqu'il est inférieur à 200.000 francs, et de moins de 500 francs, lorsqu'il lui était supérieur. Ces chiffres avaient été ramenés, pour des causes d'ordre économique, respectivement à 25 et 100 francs, par la loi de 1893 ¹.

Mais depuis, par suite de la dépréciation de la monnaie et devant le danger d'un esprit de spéculation grandissant, le décret de 1937 a décidé que désormais *aucune action* ne pourrait être inférieure à 100 francs, quel que soit le montant du capital social (art. 1^{er}, al. 1) ².

Il est remarquable d'ailleurs de constater qu'à travers toutes ces vicissitudes, le minimum de versement exigé n'est jamais tombé au-dessous de 25 francs.

Quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à réaugmenter le taux des actions et à prescrire un taux minimum unique dans tous les cas ?

Tout d'abord le désir d'éviter la coexistence dans une même société de titres d'un taux différent, ce qui compliquait la répartition des dividendes, et aussi, dans le cas d'une augmentation de capital faisant passer celui-ci de moins de 200.000 francs à un chiffre supérieur à 200.000 francs celui de supprimer à l'avenir les complications provenant de l'échange des actions anciennes contre

1. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 399. Pic, n° 866.

2. Solus, n° 11. D'ailleurs les actions de 25 francs n'existaient plus : Dolbeau et Cantenot, *Réforme de la Législation des sociétés*, supplém., 1938, n° 3 bis.

les nouvelles, ce qui crée des « rompus » et va à l'encontre de l'article 31 de la loi de 1867.

Ce nouveau taux de 100 francs s'applique aussi bien aux actions de jouissance qu'aux actions de capital, aux titres des sociétés à capital variable, qu'à ceux des autres sociétés par actions ¹.

Bien entendu, il est toujours permis aux fondateurs de choisir un taux plus élevé, ou même plusieurs taux différents ; il ne s'agit ici que d'un minimum.

Examinons quelle est la situation, au lendemain du décret, soit des sociétés nouvelles, soit de celles qui se fondent, en face de la nouvelle prescription ?

Pour les sociétés nouvelles, il n'y a aucune difficulté. Elles devront se conformer au nouveau décret, même si les statuts, dressés avant le 1^{er} septembre 1937, indiquaient un taux inférieur à 100 francs, puisque leur texte doit maintenant être déposé au greffe du Tribunal avant toute souscription, et qu'il ne peut contenir aucune mention contraire au décret et en particulier au taux minimum tel qu'il est maintenant fixé.

Aucune difficulté non plus à notre avis pour les sociétés existantes, qui devront immédiatement relever le taux de leurs actions, s'il était inférieur à 100 francs ². Il est vrai que certains auteurs ³ ont soutenu la prétention contraire en disant que cette solution faisait rétroagir la loi malgré elle, d'autres ⁴ en disant qu'il s'agissait d'une entorse faite à l'article 31 de la loi de 1867.

Pour nous ces raisons sont sans valeur ; en effet, la solu-

1. Bosvieux, *J. soc.*, 1938, p. 3.

2. Pour Bosvieux, p. 31, une société qui augmente son capital avant l'expiration du délai de trois mois fixé par le décret a strictement le droit d'émettre des actions de 25 francs, si son capital n'excède pas 200.000 francs.

En cas de réduction du capital suivie d'une augmentation, les nouvelles actions à échanger contre les anciennes devront être de 100 francs : Bosvieux, *op. cit.*, p. 2. La solution était déjà admise antérieurement : Houpin et Bosvieux, n° 884 ; Maria, (*Ann. droit com.*, 1906), p. 49 et ss.

3. Charron, p. 203. Dalsace, p. 298.

4. Bosvieux, p. 31. Copper-Royer. p. 689.

tion que nous préconisons revient à une application immédiate de la loi nouvelle, et non à sa rétroactivité ¹ ; décider le contraire serait condamner le décret à rester lettre morte, car pour voir toutes les actions des sociétés à 100 francs, il faudrait attendre la dissolution de toutes les sociétés existantes, c'est-à-dire fort longtemps. Quant à l'argument tiré de l'article 31, nous l'examinerons tout à l'heure.

D'ailleurs, cette application immédiate des nouvelles dispositions se comprend aisément et s'explique par les principes généraux du droit ; il s'agit là en effet d'une de ces lois impératives dont nous avons déjà parlé, qui se distingue nettement des lois de simple interprétation de la volonté ² ; et le décret de 1937 dans sa disposition relative aux taux minimum des actions appartient incontestablement au premier groupe, il est en effet rédigé d'une façon telle qu'il n'y a pas de place à une distinction ; d'ailleurs, cette solution est commandée par l'intérêt général de l'épargne.

La même question s'était déjà posée au lendemain de la loi de 1893 ; il s'agissait de savoir si une société au capital inférieur à 200.000 francs et possédant des actions inférieures à 100 francs, devaient les porter à ce chiffre lorsqu'elles procédaient à une augmentation de capital qui portait celui-ci à plus de 200.000 francs. Et l'on décidait généralement à ce sujet que l'augmentation en cours ne pouvait avoir pour effet d'obliger un actionnaire à échanger ses titres de 25 francs contre les nouvelles actions d'un taux plus élevé, et qu'elle ne pouvait non plus revenir sur l'émission primitive, définitivement réalisée ³.

Ce raisonnement était admissible avant le décret de 1937 ; il ne s'agissait là en somme que d'une question « d'ordre intérieur », d'une question à régler librement entre associés, et on pouvait admettre à la rigueur que les

1. En ce sens Solus, *op. cit.*, n° 31.

2. Capitant et Colin, t. I, p. 16.

3. Houpin et Bosvieux, t. II, n° 884. Maria, p. 49 et ss. Thaller et Pic, n° 1395 et ss.

anciens actionnaires avaient un droit acquis à conserver leurs actions de 25 francs.

Mais le décret, nous l'avons dit, est impératif ; il s'agit d'une mesure de protection de l'épargne, contre laquelle on ne peut invoquer aucun droit acquis ; d'ailleurs le législateur a eu précisément en vue deux buts : porter le taux des actions à un minimum de 100 francs et supprimer les catégories d'actions de valeur inégale qui, bien que permises antérieurement, n'en entraînaient pas moins de nombreux inconvénients ¹.

Est-ce à dire que l'application immédiate du nouveau texte en sera à l'avenir exempte ? Nous ne le croyons pas, et de nombreuses questions délicates vont se poser.

La plus grande difficulté se présente au sujet de l'argument tiré de l'application de l'article 31 ; on doit convenir en effet que les engagements des actionnaires se trouveront augmentés, par suite de cette nouvelle mesure, la plupart du temps. En effet, du fait de l'élévation du taux des actions, une personne faisant régulièrement partie d'une société dont les titres sont inférieurs à 100 francs sera immédiatement obligée : ou de sortir de la société dans laquelle elle est légitimement entrée, ou d'acheter de nouvelles actions, c'est-à-dire d'augmenter sa mise dans la société en dehors de ce qu'elle avait prévu en donnant son adhésion aux statuts, et ce, même si elle n'est pas obligée de faire un versement immédiat, car ce n'est pas, en dépit de la thèse soutenue par certains ¹, la seule manière d'augmenter les engagements des actionnaires.

Cette objection ne doit pas cependant nous arrêter et le taux des actions devra être porté à 100 francs, s'il y était inférieur, par un vote de l'assemblée générale extraordinaire s'appuyant dans ce cas non sur son pouvoir propre, mais sur la loi elle-même.

Comment se fera la transformation ?

La société qui augmente le taux de ses actions réunira ses titres de façon à arriver à 100 francs minimum (par

1. Houpin et Bosvieux, n° 884. Arthuys, n° 623.

exemple par la réunion de deux actions de 50 francs ou de 4 actions de 25 francs).

Mais qu'arrivera-t-il lorsque le taux des anciennes actions ne se divisera pas exactement par 100 ? Dans ce cas, il faudra continuer de procéder à la réunion des actions jusqu'à ce qu'on trouve un multiple commun : par exemple l'échange aura lieu, dans le cas où le taux ancien était de 80 francs, sur la base de 5 actions anciennes contre 4 actions nouvelles, au taux de 100 francs.

Mais il pourra se faire que certains actionnaires aient moins de 5 actions ou d'un multiple de 5 ; c'est la question des « rompus » qui se pose ici comme dans le cas du droit préférentiel des anciens actionnaires lors d'une augmentation du capital¹, et, elle devra être résolue de la même manière, c'est-à-dire que ces actionnaires devront acheter ou vendre un nombre d'actions suffisant pour arriver au nombre de 5 ou à un multiple¹.

L'application du décret dans ce domaine soulève d'ailleurs encore d'autres questions délicates ; c'est ainsi que la modification du taux des actions va entraîner la nécessité d'une modification correspondante du texte des statuts². Dans cette hypothèse, l'assemblée générale extraordinaire commencera par constater que le quorum des trois quarts et la majorité des deux tiers des anciens actionnaires sont effectivement réalisés ; elle procédera alors à la réunion de deux ou plusieurs actions de 100 francs selon le mode expliqué plus haut, elle votera enfin les modifications statutaires que ce changement entraîne (suppression des catégories d'actions de valeurs inégales existant jusque là, modification dans les versements complémentaires, dans la répartition des bénéfices, etc.).

Un tel changement sera d'autant plus difficile à réaliser, que, pour certaines sociétés ayant déjà une existence assez longue, toutes leurs actions auront été mises au porteur et que leurs actionnaires, inconnus du siège social, ne

1. Solus, n° 31, et sur la question des « rompus », n° 335.

2. Dalsace, *op. cit.*, p. 298.

pourront être avertis que par la voie des journaux, moyen de publicité très aléatoire ¹. Que faire pour ceux qui ne répondront pas à l'appel de la société ? Devra-t-on annuler d'office leurs souscriptions et les remplacer, en vertu de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ?

Le législateur aurait dû prévoir toutes ces questions. En tous cas, son intention de supprimer une fois pour toutes les actions d'un taux trop inférieur est certaine, et sa rigueur devra être imitée par la jurisprudence, lorsqu'elle aura à appliquer l'article 14 de la loi de 1867 punissant d'une amende de 500 à 10.000 francs toute négociation d'actions dont la valeur ou la forme sont contraires aux dispositions des articles 1, 2 et 3 de la même loi ².

§ 2. — LA SOUSCRIPTION DOIT ÊTRE PURE ET SIMPLE

Elle ne peut être affectée d'une condition quelconque, qui aurait pour effet de rendre la partie correspondante du capital fictive ³. C'est ainsi que dans le bulletin, il ne pourra être indiqué que le souscripteur pourra se retirer de la société en abandonnant sa mise ⁴, ou que la souscription ne serait définitive que si un bénéfice minimum était réalisé au début, ou encore que le souscripteur pourrait abandonner à un des fondateurs les titres à lui attribués, pour se libérer.

Cependant, il y a ici une évolution jurisprudentielle, puisque les tribunaux admettaient couramment, avant la loi de 1867, qu'une souscription puisse être faite sous de telles conditions ⁵. Et même à l'heure actuelle on admet

1. En ce sens Solus, *op. cit.*, n° 31 *in fine*, pour qui la transformation devra avoir lieu par ailleurs dans un délai assez bref. Dalsace, p. 298.

2. Solus, n° 31.

3. Houpin et Bosvieux, n° 651. Vavasseur, t. I, n° 362 à 381. Pont, f. II, n° 881.

4. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 689.

5. *Req.*, 12 août 1863. *D. P.* 1864-1-380. *Req.* 27 décembre 1853. *D. P.* 1854-1-142.

parfaitement que l'engagement de l'actionnaire puisse être subordonné à l'obtention d'un emploi dans la future société ou de travaux effectués pour elle, mais cette condition doit résulter d'un acte distinct de la souscription elle-même¹, et de plus elle doit n'affecter que quelques souscriptions² (dans ce dernier cas, on considérerait la condition comme non écrite).

En tous cas, la condition est inopposable aux créanciers sociaux et même à la société³, le souscripteur n'ayant alors que la possibilité d'exercer un recours en responsabilité contre les fondateurs qui n'ont pas tenu leur promesse⁴.

Si la condition était contenue dans le bulletin lui-même ou si un trop grand nombre d'engagements était conditionnel, cela entraînerait nécessairement la nullité de la souscription et, par voie de conséquence, celle de la société ou de l'augmentation de capital en cours.

Mais il a été admis que l'engagement du souscripteur peut être subordonné valablement à l'obtention par la société de la concession par l'État d'une mine, d'une ligne de chemin de fer, etc., dont l'exploitation est le but même et la raison d'existence de la société⁵.

Enfin, nous avons vu que les souscriptions étaient de plein droit subordonnées à la condition de la constitution définitive et régulière de la société⁶.

§ 3. — PRINCIPE DE LA SOUSCRIPTION INTÉGRALE

Cette règle, on le sait, est prescrite aussi bien dans l'intérêt des souscripteurs que des créanciers sociaux, le capi-

1. Houpin et Bosvieux, n° 652. Goirand, n° 101. *Lyon*, 27 mars 1900. *J. soc.*, 1901-62.

2. Thaller et Pic, n° 891, *contra* : *Req.*, 9 mai 1888. *D. P.* 1889-1-246 et Lacour et Bouteron, n° 427.

3. Pic, n° 891, Houpin et Bosvieux, n° 652 et références citées.

4. Copper-Royer, t. I, n° 51.

5. Toulouse, 5 juillet 1887, *D. P.* 1888-2-231. *Cass. req.*, 9 décembre 1885. *D. P.* 1888-1-377.

6. Houpin et Bosvieux, n° 654.

tal social étant pour les uns une garantie que la société aura dès le début un fonds de roulement suffisant, et pour les autres un gage de sa solvabilité future.

Pour que le capital soit entièrement souscrit, plusieurs conditions doivent être réunies :

a) Les souscriptions ne doivent pas être faites par des incapables ou par des personnes dont le consentement a été vicié ;

b) Elles doivent être fermes et irrévocables ;

c) Le capital social doit être entièrement souscrit ;

d) Les souscriptions doivent être enfin sincères et loyales.

Les deux premières conditions ayant été examinées ci-dessus il ne nous reste plus qu'à voir pour quelles raisons le chiffre du capital primitivement annoncé doit être atteint, et ce qu'il faut entendre par souscriptions loyales et sincères.

1° *Le capital doit être entièrement souscrit.*

C'est, comme nous l'avons dit, l'intérêt des actionnaires et des tiers, et les contrats de souscription ne sont conclus, comme on le sait, que sous cette condition ¹.

Cependant, nous verrons (p. 116) qu'il est possible, si le chiffre primitif n'est pas entièrement couvert, de réduire le montant du capital aux souscriptions réellement obtenues.

Quelles sont les conséquences de ce principe fondamental dans les sociétés par actions ?

a) Tout d'abord l'émission ne peut pas avoir lieu au-dessous du pair, c'est-à-dire telle que les souscripteurs n'auraient à verser qu'une somme inférieure au taux annoncé dans les statuts pour être libérés ².

Mais, bien entendu, il est parfaitement valable d'émettre des actions au-dessus du pair, c'est-à-dire avec une prime d'émission. Celle-ci, comme nous le verrons, est un apport supplémentaire effectué généralement en cas d'augmenta-

1. Houpin et Bosvieux, n° 640. Thaller et Pic, n° 832 et ss. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 688. Paris, 8 avril 1933, *Gaz. Pal.*, 1933-2-145.

2. Lacour et Bouteron, n° 428, al. 2. Hémar, n° 163. Houpin et Bosvieux, n° 621 et 654. Thaller et Pic, n° 1413 et ss.

tion de capital, par les nouveaux actionnaires, pour rétablir l'égalité avec les anciens souscripteurs, et qui constitue en somme en un droit d'entrée dans les réserves accumulées jusque-là par eux seuls. Il ne s'agit donc là ni d'une portion de capital supplémentaire, ni d'un bénéfice, et le montant de la prime pourra valablement être employé par l'assemblée générale à son gré, ou même être distribué entièrement aux anciens actionnaires.

A ce sujet, il peut être intéressant d'analyser rapidement la position prise par la Cour de cassation dans ces dernières années sur la nature juridique de la prime, au point de vue de son assujettissement au droit d'apport.

Il y a ici au fonds deux questions :

a. La prime d'émission doit-elle être ou non assujettie au droit d'apport ?

b. Dans l'affirmative, le droit est-il exigible sur le montant de la prime, même si l'acte présenté à l'enregistrement (dans l'espèce le procès-verbal de l'assemblée générale chargée de vérifier la sincérité de la déclaration notariée) ne fait aucune mention du montant de la prime ?

Pour la première question, la Cour a répondu d'une façon affirmative (requêtes 3 mars 1930, D. P., 1930, 1, 29, avec rapport du conseiller Pilon. Civ. 11 mars 1931, deux arrêts, D. H., 1931, 217.

Sur la deuxième question, elle a donné la même solution dans deux arrêts du 27 mars 1935 (D. P. 1935, 1. 43). Mais alors qu'il est exact que la prime constitue bien un apport supplémentaire de l'associé, passible comme tel du droit de 3 p. 100, il est faux au contraire d'affirmer, comme l'a fait la Cour de cassation, que le droit d'apport ayant en réalité pour assiette la mutation résultant de l'apport est par suite exigible, que cette mutation soit ou non mentionnée dans l'acte. En réalité, il ne faut pas oublier que cette mutation n'est frappée d'un droit que si elle est mentionnée dans un acte, car il ne s'agit pas là d'une mutation verbale, mais d'un droit d'acte ; et cette solution est encore vraie depuis la loi du 29 juin 1918, car le procès-verbal de l'assemblée générale ne constitue pas

un acte au sens de l'article 1325 du Code civil, car il ne contient pas une convention synallagmatique constatant un accord entre le Conseil d'administration et chacun des souscripteurs, mais une décision de l'assemblée sur la vérification d'une formalité imposée par la loi.

b) Le principe de l'intégralité de la souscription interdit également aux fondateurs de parvenir à la constitution par le moyen d'émissions successives en vue de couvrir le montant du capital de fondation ¹. Mais les statuts pourraient bien entendu accorder au Conseil d'administration le droit d'augmenter le capital au cours de la vie sociale lorsque le besoin s'en fera sentir, avec l'autorisation de l'assemblée générale extraordinaire.

c) Il faut également considérer comme prohibée, comme contraire à notre principe, la pratique des actions de prime, c'est-à-dire des actions existant en dehors du capital social, et destinées à rémunérer des services rendus à la société autrement que par voie d'apports en numéraire ou en nature. Certains auteurs distinguent selon que l'action de prime est ou non incorporée au capital, et la déclarent licite dans ce dernier cas ². Cette distinction est fautive, tout apport autre qu'en numéraire ou en nature ne pouvant être rémunéré qu'en argent ou par l'attribution de parts de fondateurs ³.

2° Les souscriptions doivent être sincères et loyales.

On entend par là qu'elles doivent être faites par des personnes solvables et ayant formellement l'intention de se libérer entièrement.

Une souscription devra donc être considérée comme fictive, si elle émane d'hommes de paille à la solde des

1. Houpin et Bosvieux, n° 642. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 692. Cependant pour Hémard, p. 332, l'augmentation faisant partie intégrante des opérations de constitution ne serait pas forcément nulle; mais la constitution définitive serait reportée au jour de la réalisation de l'augmentation de capital.

2. Goirand, n° 50. De Muralt : *De la fondation des soc. an.*, § 52 et 105. Arthuys, n° 324. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, 690.

3. Houpin et Bosvieux, n° 366. Lacour et Bouteron, nos 445 et 426.

fondateurs ou de toute autre personne ¹, et n'ayant pas l'intention de devenir réellement associés : employés, domestiques des fondateurs ou des administrateurs. Cependant, cette seule qualité ne doit pas être considérée comme suffisante et faire présumer la fraude ². D'ailleurs la Cour de cassation a jugé que la question de la fictivité d'une souscription était une question de fait que les juges du fond auront à apprécier souverainement ³. Ne seront pas par exemple réputées fictives des souscriptions émanant de personnes insolvables si elles sont peu nombreuses ⁴, ou si l'insolvabilité n'était que temporaire ou était survenue après la constitution de la société ⁵.

Toute atteinte portée au principe de la souscription intégrale du capital social sera bien entendu sanctionnée par la nullité, soit de la société, soit de l'augmentation du capital projeté.

D'autre part, toute émission d'actions d'une société constituée contrairement à cette règle entraînera pour tous ceux qui y ont pris part, l'application de l'article 13 de la loi de 1867, ainsi que de l'article 14 en cas d'infraction au nouveau principe du taux minimum, tel qu'il est prévu par le décret-loi de 1937.

On devra également faire application du délit prévu par le décret-loi du 8 août 1935 concernant les affirmations inexactes commises par les fondateurs ou les administrateurs dans la déclaration notariée.

Par ailleurs, les administrateurs pourront encourir personnellement certaine déchéance de la faillite, au cas

1. Pic. *De la simulation dans les actes de la société*, D. H. 1935, p. 33.

2. Thaller et Pic, n° 890.

3. Cass., 9 juin 1891, *J. soc.*, 1891-501. Req., 13 janvier 1936. *Gaz. Pal.*, 1936-1-584. Le défaut de souscription intégrale, comme le défaut de versement, doit être prouvé, et non seulement allégué : Req., 22 mars 1926, *J. soc.*, 1927-210.

4. Houpin et Bosvieux, n° 655.

5. Thaller et Pic, n° 890. Mais il a été jugé que la nullité d'une société pour défaut de souscription intégrale et de versement du quart ne peut être couverte par le versement, postérieur à la demande en nullité, de fonds provenant de la vente, au profit de la société, des actions fictivement souscrites, restées aux mains des fondateurs.

où celle de la société apparaîtrait comme la conséquence plus ou moins directe de leurs agissements (décret-loi du 8 août 1935).

Bien entendu, conformément à l'article 8 de la loi de 1867 modifié par l'article 3 de la loi de 1893 et par le décret-loi du 8 août 1935, l'irrégularité sera couverte et la demande en nullité sera irrecevable lorsque la cause de nullité aura cessé d'exister, c'est-à-dire lorsque les souscripteurs fictifs auront été remplacés par des personnes sérieuses, ayant réellement l'intention de s'acquitter de leur dette envers la société. Au sujet de cette régularisation se pose deux questions délicates :

1° La déclaration notariée qui a été faite avant la régularisation devra-t-elle être ou non recommencée ?

On l'a affirmé¹ avant le décret en disant que la déclaration contenant de fausses énonciations, était elle-même une cause de nullité de la société, se superposant à celle provenant de l'irrégularité commise dans la souscription ou le versement ; mais cette thèse était généralement repoussée², et avec raison, puisqu'on admettait d'autre part que le versement pouvait n'être fait qu'après la déclaration elle-même et même après la constitution définitive.

Mais depuis le décret, il semble qu'on doit revenir à la première opinion et exiger la rédaction d'une nouvelle déclaration, puisque nous avons admis que depuis le 31 août 1937, le versement devait avoir lieu au plus tard avant la déclaration notariée.

2° L'assemblée générale chargée de vérifier la sincérité de la déclaration notariée peut-elle être valablement convoquée avant la régularisation ?

Il s'agit au fond d'une question analogue à celle de la convocation de l'assemblée générale chargée de vérifier la sincérité de la déclaration notariée. On décidait à ce propos³ que cette assemblée devait être convoquée posté-

1. Arthuys, t. I, n° 379.

2. Lyon-Caen et Renault, n° 2, p. 150, note 3 et références. Houpin et Bosvieux.

3. Houpin et Bosvieux, n° 685 et références citées.

rieurement à la déclaration ; on faisait valoir en effet que les convocations des actionnaires sont toujours nominatives, au début de la société ; or, comment convoquer des souscripteurs pour cette assemblée, si leur engagement n'a été donné qu'après que les fondateurs auront lancé les convocations ; ici également l'assemblée générale ne pourra être convoquée que lorsque les souscripteurs fictifs auront été remplacés par des actionnaires sérieux qui prendront part aussi au vote de l'assemblée touchant la vérification de la sincérité de la déclaration notariée ; cependant, la convocation pourrait être antérieure à la régularisation en cas de versement irrégulier refait correctement par le même souscripteur.

CHAPITRE IV

NATURE JURIDIQUE ET PREUVE DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION

Section I. — L'engagement de souscription est-il civil ou commercial?

L'intérêt de la question n'est pas mince, comme on le verra. En effet, selon qu'il s'agit ou non d'un acte de commerce le bulletin devra ou non se conformer à la règle de l'article 1325 du Code civil, le souscripteur aura ou non la capacité nécessaire, la preuve sera rendue plus ou moins difficile à administrer...

§ 1. — *Bien entendu, les avis en doctrine sont partagés. Une fraction importante de celle-ci¹ incline à croire de nature civile.* L'obligation de celui qui souscrit des actions d'une société de commerce, même par actions, faisant état de nombreux arguments dont certains paraissent assez solides. D'abord a-t-on dit, la souscription ne figure pas dans l'énumération de l'article 632 complétée par la loi du 7 juin 1894 qui énumère si minutieusement les actes de commerce, et qui évidemment est limitative ; ce n'est donc pas un acte de commerce par nature ; l'est-elle en vertu de la théorie de l'accessoire ? Pas davantage, assurent ces auteurs ; en effet, ce système fait d'un engagement civil un engagement commercial lorsque celui-ci

1. Pic, t. I, n° 382 et t. II, n° 876 et ss. Ripert, cours 1937-1938. Pont, n° 1424. Alauzet, t. I, nos 150 et 2022. Thaller et Percerou, n° 333. Buchère : *Traité des valeurs mobilières*, 2^e édition, nos 373 à 384. Rousseau, t. I, n° 1933. Nouguières, *Des tribunaux de commerce*, t. I, n° 374 et ss. Massé, t. II, n° 1390 et ss.

est contracté par un commerçant et pour les besoins de son commerce, mais il ne rend pas commercial l'acte d'un non-commerçant pour la seule raison qu'il est passé avec une maison de commerce et dans son intérêt ; ainsi le capitaliste qui prête à intérêt à un commerçant ne fait qu'un placement ; si l'engagement est commercial du côté du commerçant, il est civil du côté du bailleur de fonds. Par ailleurs, dit-on encore, l'achat de titres au comptant et sans intention de revendre est à coup sûr un engagement civil ; pourquoi n'en est-il pas de même lorsqu'il s'agit non d'une cession, mais d'une souscription primitive ? Bien entendu, on avoue que lorsqu'il y a achat avec intention de spéculation, il s'agit bien alors d'un acte de commerce ? Mais ajoute-t-on lorsque l'intention de spéculer n'est pas évidente, c'est le juge qui, en cas de litige, devra la rechercher pour savoir s'il doit se déclarer compétent ou incompétent : et il ne faut pas hésiter à dire que cette recherche est trop délicate à faire.

On fait encore valoir que l'essence de la commercialité est la publicité, témoin celle imposée à tous ceux qui font le commerce, personnes physiques ou non (inscription au registre du commerce, formalités relatives au contrat de mariage, etc.) or l'actionnaire est absolument ignoré du public. Enfin il n'y a pas spéculation dans le fait de souscrire, puisque le risque du commanditaire est limité au montant de sa mise ¹.

Tous ces arguments n'ont qu'une valeur relative. En effet l'acte de commerce ne se distingue pas essentiellement par sa publicité, qui n'est qu'un caractère accessoire et seulement une mesure de protection pour les tiers, ni par le risque limité qu'offre la souscription, car en revanche la participation aux bénéfices est illimitée théoriquement, et c'est à cela surtout que pense l'actionnaire en souscrivant, tandis que le bailleur de fonds n'a droit qu'aux intérêts de ses capitaux, au taux légal, ni plus ni moins ; d'ailleurs

¹. Exposition de ces arguments dans Pic, t. I, n° 382. Levillain, note sous *D. P.* 1909-2-257. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, t. II, 1^{re} partie, n° 470.

le souscripteur, à la liquidation, loin de pouvoir réclamer le montant de sa mise comme peut le faire un prêteur ordinaire, est au contraire obligé d'attendre que les créanciers sociaux soient tous désintéressés, et il sera même contraint de compléter sa mise, si cela est nécessaire pour les satisfaire. Ces auteurs ont admis qu'il s'agit bien d'un engagement commercial lorsqu'il y a achat avec intention de revendre, mais alors qu'ils écartaient la recherche (trop délicate) de cette intention, quand il s'agissait de sociétés en commandite simple, ils n'hésitent pas à l'imposer au juge lorsque l'on est en présence d'une société par actions ¹.

Enfin l'argument qui consiste à comparer le souscripteur à un bailleur de fonds fait abstraction de l'idée même d'association ; les auteurs que nous avons cités plus haut ont oublié que l'actionnaire, avant d'être un prêteur, était un *associé*, il ne fait pas qu'avancer sa mise, il participe au fonctionnement même de la société, dont il fait partie, et dont les représentants (gérant, administrateurs) sont ses mandataires ; il est intéressé à la bonne marche des affaires sociales, alors que le capitaliste n'a aucun intérêt (juridiquement parlant) à celle du commerce de son emprunteur ; le souscripteur partage la bonne ou la mauvaise fortune de la société au fonctionnement de laquelle il collabore par le truchement des résolutions votées au cours des assemblées générales, l'engagement qui le lie à elle est donc bien de nature commerciale, car il fait bien acte de commerce ².

La doctrine qui voit dans la souscription un engagement de nature civile, si inexacte qu'elle fût, n'en a pas moins été suivie par une partie de la jurisprudence des cours d'appel³, dont les décisions ont été rendues la plupart du temps à propos de la question de la compétence et qui, non con-

1. Thaller et Pic, t. II, n° 376 en note.

2. Levillain, note précitée.

3. Angers, 18 janvier 1865, *Sirey*, 1865-2-211. Paris, 16 juin 1922. *D. P.*, 1923-2-179. Paris, 26 janvier 1874, *S.*, 1876-2-3. Douai, 5 mars 1869. *S.*, 1870-2-49. Angers, 12 mars 1873, *S.*, 1876-2-214. Seine, 5 juin 1883, *J. soc.*, 1891, p 473. Bordeaux, 22 mars 1893, *J. soc.*, 1893, p. 460.

tentes d'affirmer le principe de l'engagement civil de l'actionnaire, en déduisaient que la compétence en cas de litige, appartenait soit au tribunal de commerce, soit au tribunal civil, lorsque c'est le souscripteur qui assignait la société défenderesse, et que la compétence allait toujours au tribunal civil lorsqu'il était défendeur, conséquences logiques, disaient certains arrêts ¹ le commanditaire n'ayant fait qu'un placement de capitaux doit bénéficier du choix que la jurisprudence accorde au demandeur civil assignant un commerçant ; la conséquence au fond est exacte si l'on admet en effet que la souscription, commerciale du côté de la société, est civile du côté commanditaire ; c'est le point de départ qui est faux, car celui qui souscrit fait, comme nous l'avons dit, autre chose qu'un placement de capitaux, il participe au fonctionnement de la société par l'intermédiaire de ses représentants, il est associé et, son engagement fût-il de nature civile, on doit ici faire application du principe posé dans l'article 631, alinéa 2 du Code de commerce : « les tribunaux de commerce connaîtront des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ² ».

§ 2. — *Laissant de côté les raisons avancées par les partisans du caractère civil de la souscription*, dont au surplus nous avons montré toute la faiblesse, nous donnerons notre adhésion à la thèse inverse, dite de la commercialité de l'engagement de l'actionnaire, thèse qui réunit l'avis conforme d'une grande partie de la doctrine classique ³, et dont la Cour de cassation, après en avoir affirmé le principe en 1844, ne s'est jamais départie depuis ⁴.

1. Paris, 26 janvier, précité.

2. Paris, 16 juin 1922, précité, note de Levillain, précitée.

3. Wahl, titres au porteur n° 361 et note sous *S.*, 1901-1-515. Houpin et Bosvieux, n° 659, t. I. Arthuys, t. II, n° 280. Goiffon, *op. cit.*, p. 106. Lacour et Bouteron, n° 423. Decugis, n° 30. Copper-Royer, t. I, n° 49. Gain, n° 224. Vavasseur, n° 288.

4. Paris, 21 mai 1884 ; *S.*, 1885-2-97 et note de Lyon-Caen. Seine, 4 août 1886, *Rev. soc.*, 1887, p. 23. Douai, 18 juillet 1895, *J. soc.*, 1899, p. 114. Seine, 14 janvier 1888, *Rev. soc.*, 1888, p. 168. Charleville, 9 novembre 1921. *Gaz. Pal.*, 1922-1-455.

Nous ne reviendrons pas sur les arguments qui militent en sa faveur, nous contentant de remarquer à nouveau qu'elle tient compte surtout de l'idée d'association qui est à la base de celle de société, association de ceux qui dirigent et de ceux qui apportent leurs capitaux, et qui par leur réunion forment un tout aux yeux des tiers, des associés.

Nous voulons insister ici surtout sur les conséquences juridiques de ce principe que nous avons discuté jusqu'alors d'une façon abstraite. Quelles sont-elles ?

1° *Au point de vue de la compétence* : nous avons dit que le tribunal de commerce était compétent, quelle que fut la position prise sur la question de la nature juridique de la souscription. Certains arrêts d'ailleurs après avoir bien posé le principe, le déduisent, non pas de l'article 632, alinéa 2 du Code de commerce comme cela devrait être, mais du fait que, disent-ils, la souscription est de nature commerciale ¹.

2° *Au point de vue du taux des intérêts de retard* pour le versement des quarts complémentaires : actuellement 4 p. 100 en matière commerciale et de 5 p. 100 en matière civile.

3° *Au point de vue de l'interdiction de faire du commerce* : ceux qui sont incapables de faire le commerce ne pourraient souscrire à une émission d'actions, quoique s'agissant d'un acte de commerce isolé, et ceci soit pour une raison particulière (agent de change) soit pour une raison générale (mineur). Le mineur, en effet, ne peut faire le commerce que s'il est émancipé, s'il a dix-huit ans accomplis, s'il est autorisé par ses parents ou à défaut, par une décision du conseil de famille homologuée par le tribunal civil.

4° *Au point de vue de la capacité de souscrire* : le mineur ne pouvant souscrire, le tuteur peut-il souscrire pour le compte de son pupille ? Ce n'est plus une question de capacité qui se pose, mais une condition de pouvoir. Si l'on admettait que la souscription fut une obligation de nature civile, le raisonnement serait simple ; en effet la

1. Charleville, 9 novembre 1921. *D. P.*, 1922-2-127. Paris, 31 janvier 1908, *D. P.*, 1909-1-257, à propos d'une société d'assurances.

jurisprudence, interprétant l'article 6 de la loi du 27 février 1880 comme étant un renvoi global aux articles précédents de cette loi relative à l'aliénation des valeurs mobilières d'un mineur, décide que le placement des capitaux dudit mineur suivra les mêmes règles, c'est-à-dire l'autorisation du conseil de famille et au-dessus de 1.500 francs, l'homologation du Tribunal¹, la souscription aurait donc exigé pareilles formalités. Mais il est de plus en plus admis que la souscription constitue au contraire un engagement de nature commerciale, en particulier par la Cour de cassation. Il y a alors lieu de faire application des articles 2 et 3 du Code de commerce² dont l'un déclare que le mineur qui veut faire le commerce doit le faire lui-même et dont l'autre applique ce principe même aux actes de commerce isolés que pourrait faire le mineur ; en présence de ces textes, il n'y a plus de doute possible : le mineur qui voudra souscrire des actions dans une société de commerce devra le faire lui-même à condition d'être capable conformément à l'article 2, il ne pourra le faire par l'intermédiaire de son représentant légal (tuteur). Quelle sera la sanction de cette prescription ? Contrairement à une opinion qui, dépouillant l'acte de son caractère commercial, fait application de la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, il faut sans hésiter se prononcer pour la nullité de la souscription ainsi effectuée ; sanction conforme aux principes juridiques, mais incontestablement rigoureuse ; dans certains cas des souscriptions auront été faites par une mère tutrice pour le compte de son enfant mineur, dans l'ignorance de ces dispositions. C'est pourquoi, dans de nombreux cas, la jurisprudence de certaines Cours d'appel, tout en affirmant le principe de la commercialité de la souscription, permettait au tuteur de souscrire pour son pupille ; en raisonnant ainsi³, les articles 2 et 3 du Code de commerce interdisant la sous-

1. Paris, 21 mai 1884. *D. P.*, 1885-2-177. *Capitant*, t. I, p. 528.

2. Lyon-Caen, note sous *S.* 1885-2-97.

3. Paris, 21 mai 1884, précité.

cription d'actions au mineur incapable de faire le commerce, s'appliquent uniquement aux actes émanés du mineur, mais, lorsqu'il s'agit d'actes faits par le tuteur au nom du mineur, le droit commun des règles de la tutelle reprend son empire, en l'espèce l'article 6 de la loi de 1880 tel que l'a interprété la jurisprudence ; le tuteur pourra donc souscrire jusqu'à 1.500 francs avec l'autorisation du conseil de famille, et au-dessus avec l'homologation du Tribunal civil. Et certains auteurs y ont adhéré, en disant que peu importait la nature de la souscription, la loi de 1880 ayant réglé les conditions dans lesquelles les capitaux d'un mineur pouvant être placés, ne distingue pas la souscription des autres modes de placement¹, ni si le montant total des actions doit ou non être versé immédiatement ; mais une telle opinion, nous l'avons vu, est inexacte ; la jurisprudence, après avoir proclamé le principe de la nature commerciale de l'obligation de l'actionnaire, a reculé devant son application en notre matière.

5° *Au point de vue des formalités des articles 1325 et 1326 du Code civil* : si l'on admet que l'engagement du souscripteur est commercial, point ne sera besoin de dresser autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct², ni d'apposer sur le bulletin de souscription la mention du « bon pour », puisque le contrat commercial peut être prouvé par témoins en l'absence de tout écrit³.

Et ceci nous amène à parler de la question de la preuve du contrat de souscription.

Section II. — Preuve de contrat de souscription.

Nous examinerons successivement à qui incombe la preuve de la souscription et quels sont les modes de preuve admis avant et après le décret-loi du 31 août 1937.

1. Levillain sous *D. P.*, 1909-2-257.

2. Pont, n° 880 estime que pour éviter toute difficulté de preuve, les bulletins devraient être dressés au double original ; c'est ce qu'a prescrit le décret-loi du 31 août 1937.

3. Lyon-Caen, t. II, 2°, p. 18.

§ 1. — A QUI INCOMBE LA PREUVE DE LA SOUSCRIPTION ?

C'est évidemment à la société¹; lorsque le Conseil d'administration décide d'appeler les quarts supplémentaires, il fera au besoin la preuve de sa créance contre le souscripteur récalcitrant par la production du bulletin que celui-ci a signé. Un auteur² estime même qu'en cas de perte de ce bulletin, la société ne pourrait poursuivre le versement du surplus et que les administrateurs devraient être déclarés solidairement responsables de cette perte. Cela ne nous semble pas exact, car la perte du bulletin n'empêchera pas la société de pouvoir faire la preuve de la dette de son souscripteur par d'autres moyens, que nous allons examiner maintenant.

§ 2. — QUELS ÉTAIENT LES MODES DE PREUVES DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION AVANT LE DÉCRET-LOI DU 31 AOUT 1937.

Étant donné la nature commerciale que nous avons reconnu plus haut au contrat de souscription, la réponse à cette question nous est fournie par l'article 109 du Code de commerce au sujet des ventes et achats commerciaux ; l'énumération des moyens de preuve qu'il nous donne peut au fond se résumer ainsi : la preuve d'un acte de commerce, donc de la souscription d'actions dans une société peut se faire par tous moyens, correspondance, commencement de preuve par écrit complété par des témoignages ou par des présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, etc.³.

Donc antérieurement au décret de 1937, la situation était la suivante :

1. Seine, 16 mai 1896, *J. soc.*, 1896, p. 452. Cass., 25 octobre 1899, *J. soc.*, 1900, p. 125.

2. Houpin et Bosvieux, n° 656. Voir aussi Copper-Royer, t. I, n° 52.

3. Cass. req., 19 octobre 1897, *S.* 1898-1-168 ; les juges du fond appréciaient souverainement la valeur probante des faits allégués comme présomptions.

1^o L'engagement du souscripteur pouvait se prouver par tous moyens, articles 109 du Code de Commerce.

2^o Au cas où la souscription aurait été constatée par un écrit, la preuve contre les énumérations de cet écrit pouvait également avoir lieu par tout moyens ¹.

Ces deux affirmations continuaient en somme le contre-pied des deux principes contenus dans l'article 1341 du Code civil réglant les modes de preuve admis en cette matière depuis l'ordonnance de 1667. Et précisément, on a objecté à cet égard que la souscription devrait être constatée par écrit, et ceci en s'appuyant non sur l'article 1341 du Code civil, comme on aurait pu le croire, mais sur les principes qui sont à la base des sociétés par actions ; on a fait ressortir que l'acte de société doit lui être constaté par écrit, et que, lorsque chaque souscripteur, adhère à ce projet lancé peut-être par une seule personne, il accepte pour son compte les stipulations du contrat à lui proposées par le fondateur ; or l'offre (acte de société) étant nécessairement constatée par écrit, l'acceptation de chaque souscripteur (contrat de souscription) doit l'être également de la même manière, car, dit-on, lorsqu'une loi consacre une règle de preuve ou de forme pour un contrat, cette règle doit être observée distinctement et pour l'offre et pour l'acceptation, lorsqu'ils n'interviennent pas simultanément ; la seule différence entre un contrat ordinaire et le contrat de société c'est que, pour ce dernier, l'offre est unique, tandis que les acceptations sont multiples, mais cette circonstance ne doit pas influencer sur le mode de preuve du contrat, car il ne s'agit en somme que d'une différence de détail n'apportant aucun élément nouveau.

Si cette argumentation est exacte au point du vue juridique, elle ne peut cependant être admise dans notre cas. En effet, la loi de 1867 et les lois qui l'ont modifiée, forment un système particulier se distinguant du droit commun des contrats sur de nombreux points ; s'il est exact que le contrat de souscription est un des éléments

1. Lyon-Caen, note sous *S.* 1900-1-65.

nécessaires à l'existence du contrat de société, il n'en reste pas moins que la loi de 1867 l'a nettement séparé de ce dernier. Or, si elle exige qu'il soit constaté par écrit, elle indique que deux originaux suffisent, l'un devant être amené à la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart, l'autre devant rester déposé au siège social ; si la souscription avait dû être constatée par écrit, il aurait fallu un double et un original pour chaque engagement ; ce qui serait contraire au texte de la loi de 1867 tel que nous venons de l'analyser ¹.

Cette théorie étant ainsi réfutée, les partisans de la commercialité de la souscription admettaient et une grande partie de la jurisprudence appliquait les deux principes ci-dessus énoncés : preuve par tous moyens de l'engagement du souscripteur, même constaté par écrit.

Nous allons examiner quelques-uns des nombreux moyens de preuve admis avant le décret en jurisprudence.

Tout d'abord, si nous parcourons les recueils d'arrêts, nous rencontrons de nombreux exemples de cas où la preuve a lieu au moyen de présomptions corroborées par un commencement de preuve par écrit. C'est ainsi que l'on admettait que la signature d'un bulletin, même informe valait comme commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par l'inscription de l'actionnaire en question sans protestation de sa part sur la liste des souscriptions déposées chez le notaire avec la déclaration de souscription et de versement ², ou encore par le versement de la part du souscripteur prétendu d'une partie du prix du montant des actions souscrites ³ ou aussi par son

1. Lyon-Caen, note précitée. D'ailleurs, l'annexion obligatoire à la déclaration notariée d'une liste des souscripteurs prouve également que les bulletins n'étaient pas nécessaires avant le décret, ni pour la validité du contrat, ni pour sa preuve.

2. Paris, 18 mars 1887, *D. P.*, 1888-2-129. Douai, 26 novembre 1926, *R. s.*, 1926, p. 22.

3. Charleville, 9 novembre 1921. *D. P.*, 1923-2-127. Bordeaux, 3 mars 1884, *J. soc.*, 1885-461.

inscription sur les livres de la société et la délivrance d'un certificat à son nom ¹.

En dehors de la signature d'un bulletin, la preuve était jugée suffisamment établie par le fait pour une personne de figurer sur une liste de souscripteurs, d'assister aux assemblées générales et d'en signer la feuille de présence en tant que possesseur d'un nombre plus ou moins grand d'actions ²; mais cependant l'inscription sur une liste ne suffisait pas, si, ayant eu lieu en dehors du prétendu actionnaire, elle n'était pas fortifiée par une acceptation au moins tacite de sa part ³.

La souscription pouvait encore avoir lieu par échange de lettres ou même verbalement ⁴.

Et l'on pourrait encore donner d'autres exemples. Bien mieux même, comme nous l'avons dit plus haut, le souscripteur pouvait encore contester par tous moyens, l'écrit constatant son engagement ⁵ pour protester par exemple contre le nombre d'actions qui y étaient inscrites ou contre toute autre mention du bulletin.

Telle était l'état de la question avant le décret-loi de 1937, état d'autant plus regrettable qu'il contrastait avec les prescriptions des législations voisines, allemande, anglaise, italienne, qui, ayant rendu le bulletin de souscription obligatoire, avaient réglé du même coup cette question de la preuve.

Cependant et depuis plusieurs années déjà, on pouvait noter des signes de réaction, d'abord en doctrine où certains auteurs ⁶, assez nombreux, condamnaient cet état de chose, faisant remarquer que les parties, plus prévoyantes en cela que la loi elle-même, avaient soin de constater la souscription par un écrit, et ils n'hésitaient pas à recommander la rédaction d'un bulletin contenant

1. Seine, 4 août 1886, *Rev. soc.*, 1887-22.

2. Seine, 29 mars 1883; *J. soc.*, 1886-247. Poitiers, *R. soc.*, 1886-265.

3. Cass., 25 mai 1870, *D. P.*, 1870-1-257.

4. Decugis, n° 30. Houpin et Bosvieux, n° 657.

5. Cass., 25 octobre 1899, *S.* 1900-1-65.

6. Lyon-Caen, note précitée. Thaller et Pic, n° 876. Pont, n° 880.

un extrait de l'acte de société, bulletins dressés bien entendu en double.

Ce mouvement avait d'ailleurs abouti au projet sénatorial de 1884, puis au fameux projet de 1903 faisant du bulletin, sinon une condition de l'existence du contrat, du moins le seul mode de preuve de celui-ci.

La jurisprudence elle-même, quoique tenue par les principes généraux du droit, avait une tendance nette à considérer le bulletin comme un commencement de preuve par écrit, et à se méfier des témoignages et des présomptions qui n'étaient pas absolument probants ; c'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des Requêtes¹ affirmait que quelle que fût la teneur de l'écrit dont se prévalait une société contre un prétendu souscripteur qui l'avait signé, il était loisible aux juges du fait de « l'apprécier comme ne faisant ressortir qu'une simple vraisemblance, détruite par des présomptions contraires, dont la force probante n'est pas sujette au contrôle de la Cour de cassation ».

C'est ainsi également que, dans le cas où une société se transformait en une autre société, la nouvelle société n'a pas été autorisée à considérer comme actionnaire et tenue à des versements vis-à-vis d'elle, une personne par ce motif qu'elle était déjà actionnaire de l'ancienne société², car dit le jugement, « une souscription pour être valable doit être formelle et précisée soit par un bulletin soit par un écrit probant ».

Ce mouvement général vers une réforme fut poursuivie sur le plan législatif, par divers projets s'échelonnant de 1933 à 1936 pour aboutir enfin au décret du 31 août 1937.

§ 3. — QUEL EST LE CHANGEMENT APPORTÉ PAR CELUI-CI DANS LA QUESTION DE LA PREUVE ?

Le décret dit : « le contrat de souscription doit être constaté par un bulletin de souscription » ; par conséquent, le

1. Req., 25 octobre 1899, précité.

2. Seine, 23 mars 1928, *J. trib. com.*, 1930-42.

n'y a plus de doute possible, seul le bulletin pourra faire preuve de l'engagement du souscripteur¹; le législateur a voulu de toute évidence mettre un terme à la pratique abusive des preuves par présomptions ou par témoignages qui mettaient certaines personnes à la merci des manœuvres d'administrateurs peu scrupuleux.

De plus, chacune des parties pourra facilement faire constater l'existence de la souscription puisque, comme nous l'avons vu, le bulletin est établi en deux exemplaires, la société gardant l'original, mais devant en remettre au souscripteur un exemplaire (art. 1^{er}, alinéa 5 nouveau).

Le législateur a-t-il entendu changer la nature du contrat de souscription et en faire un engagement civil, puisqu'il exige maintenant un écrit pour le constater ? En d'autres termes, la rédaction du bulletin est-elle exigée *ad solemnitatem* ? Certainement pas ; en effet, toutes les raisons que nous avons exposées ci-dessus à l'appui de la thèse de la commercialité conservent toute leur force, le souscripteur est toujours un associé tenu envers les créanciers sociaux et non un prêteur susceptible de concourir avec eux ; d'ailleurs, le texte du décret « le contrat doit être constaté » ce qui indique bien que la rédaction du bulletin n'est requise qu'*ad probationem*². La souscription est toujours un contrat commercial, mais un contrat commercial qui devra désormais se prouver par écrit ; malgré le principe de l'article 109 du Code de commerce, cela n'a rien d'exceptionnel et il y a d'autres contrats commerciaux qui sont dans le même cas, en particulier certains contrats maritimes tels que l'affrètement, la vente de navire, l'assurance maritime (art. 273, 125 et 332 du Code de com.), et le contrat d'assurance terrestre (art. 8 de la loi du 13 juillet 1930), et même pour certains³, la transaction et le compromis (art. 2044 et 1005, Code de proc. civ.), pourquoi la sous-

1. Solus, n° 19.

2. Solus, n° 19 et arguments en faveur de cette solution tirés du texte, du décret, de l'article 91, et de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1930.

3. Lacour et Bouteron, t. I, p. 573, note 3.

cription n'en grossirait-elle pas le nombre, puisque, ici comme dans les cas que nous venons d'énumérer, il y a un motif spécial de soustraire ce contrat aux moyens de preuve du droit commun, la protection de l'épargne ¹? Mais examinons d'un peu plus près les modes de preuve qui peuvent être admis désormais :

a) La preuve la plus normale est celle qui se fera par le bulletin de souscription ;

b) Mais supposons un bulletin irrégulier auquel il manquera une des mentions exigées ou encore la signature du souscripteur ou de son mandataire ; pourra-t-on alors le considérer comme un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par les moyens ordinaires ²? Il faut sans hésiter répondre par la négative, car ce serait aller à l'encontre de la lettre du texte et de son esprit et rouvrir la porte à tous les abus que le législateur a voulu condamner ; l'article 1347 du Code civil ne pourra donc recevoir application, pas plus d'ailleurs que l'article 1348 du Code Civil qui admet ces modes de preuve dans le cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale par suite d'un cas fortuit ou de force majeure (al. 4) et ceci pour les mêmes raisons. Tout ceci par ailleurs nous fournit encore un argument pour repousser la thèse de ceux qui voudraient dans le nouvel état de chose voir un changement de la nature du contrat, car si l'engagement du souscripteur était civil, ces modes de preuve devraient être admis ; c'est pour cela qu'il sera également impossible de faire la preuve par témoins lorsqu'il s'agira d'une souscription inférieure à 500 francs, comme l'admettaient auparavant les partisans de la nature civile de cette dernière.

c) Mais il sera possible cependant de suppléer à l'absence du bulletin par l'aveu ou le serment ³.

1. Copper-Royer, *Revue spéciale*, p. 698, affirme cependant que, en dépit du décret, les anciens modes de preuve doivent toujours être admis.

2. Solus, n° 19, *in fine*.

3. Solus, n° 19.

L'aveu judiciaire (art. 1356 Cod. civ.) est en effet le mode de preuve par excellence ; on peut même dire que c'est une dispense de preuve pour la société lorsque l'actionnaire en justice, aura reconnu l'importance de sa souscription et le montant de la dette. Bien entendu, on devra appliquer ici la règle de l'indivisibilité de l'aveu, par exemple si le souscripteur reconnaît avoir souscrit un certain nombre d'actions mais affirme en même temps qu'elles sont déjà libérées pour la moitié ou les trois quarts, il faudra également tenir compte d'une erreur de fait possible, au cas où le souscripteur croirait avoir souscrit à une autre émission que celle dont il s'agit.

Quant au serment décisoir sa force probante est beaucoup moins grande, il n'apparaît dans notre système des preuves que comme un pis aller ; il faudra donc l'admettre avec une grande réserve, d'ailleurs le souscripteur qui se voit déférer le serment pourra le référer à la société, conformément aux règles sur le serment décisoir (art. 1361 du Code civ.), mais en aucun cas le juge ne pourra l'écarter, car l'article 1358 admet qu'il peut être employé « sur quelque espèce de contestation que ce soit ».

CHAPITRE V

RÉSULTATS DE L'ÉMISSION

Nous avons vu, qu'en dehors du cas où les actions de la société sont prises en bloc par un syndicat d'émission, le chiffre du capital social pouvait ne pas être entièrement couvert. Mais nous avons dit aussi que, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une bonne société, le chiffre annoncé peut être également dépassé par le nombre des souscriptions.

Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses.

Section I. — Souscription inférieure au capital annoncé.

Dans ce cas, les frais faits par les fondateurs doivent être supportés par eux intégralement, sans qu'ils puissent en rejeter une partie quelconque sur les souscripteurs ¹. En effet, ceux-ci n'ont donné leur adhésion que sous la condition de la constitution ; si cette condition n'est pas réalisée, « l'affaire projetée demeure celle des fondateurs ² » ; il en serait toutefois autrement si les souscripteurs, par une clause des statuts, avaient accepté de supporter une partie des frais ¹.

Les fondateurs pourraient-ils être autorisés à constituer la société avec un capital réduit au chiffre des souscrip-

1. Thaller et Pic, n° 844 et 875. Houpin et Bosvieux, n° 660. Lacour et Bouteron, n° 424. Copper-Royer, n° 48, note 1, p. 253. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 694 *in fine*. Seine, 26 octobre 1926. *D. P.*, 1927-2-56. Arthuys, n° 326 et 366. Pont, n° 1021.

2. Lyon-Caen et Renault, n° 694.

tions réellement obtenues ? On décide unanimement que c'est impossible, en dehors d'une clause spéciale insérée dans les statuts, sans réunir l'unanimité des souscripteurs ¹ ; cette règle se comprend aisément, puisque le fait que le capital n'ait pas été couvert a empêché la formation du contrat de société ², qui seul peut permettre à l'assemblée générale de réduire le capital par un vote de la majorité ; et on ne peut même pas parler d'assemblée, puisque la société n'a jamais eu d'existence légale.

Mais les fondateurs, prévoyant le cas, n'auraient-ils pas le droit d'insérer dans les statuts une clause donnant à l'assemblée générale le droit de réduire le capital social à la somme réellement obtenue, clause reproduite bien entendu dans les bulletins de souscription ?

Pour certains auteurs ³, une telle pratique serait impossible dans tous les cas. Pour d'autres, une telle clause serait valable, mais à condition que les fondateurs indiquent expressément dans les statuts un chiffre minimum à atteindre de toute façon ⁴.

Quant à la jurisprudence, elle est divisée ; c'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Paris ⁵ avait affirmé, non seulement que la réduction du capital au chiffre des souscriptions réellement obtenu était impossible en raison d'une clause statutaire, mais encore que l'irrégularité provenant de cette réduction ne pouvait pas être couverte par la ratification des souscripteurs, ratification résultant par exemple de l'acceptation par eux des titres portant la mention du capital réellement souscrit, ou par le fait qu'ils se sont faits représenter à l'assemblée extraordinaire qui a

1. Houpin et Bosvieux, n° 643. Lyon-Caen, note sous *S.*, 1909-1-65, notes 3-5. Voir aussi Bordeaux, 16 février 1902, *D. P.*, 1905-2-193 et note Percerou, ainsi que note de Thaller sous *D. P.*, 1905-2-409, notes 1-4.

2. Houpin et Bosvieux, n° 643. Cass. rejet, 10 avril 1889. *D. P.*, 1890-1-305 et note de Guénée.

3. Bédarride, n° 21. Pont, n° 886. Ruben de Cauder « société en comm. », n° 95. Arthuys, t. I, n° 323. Rousseau, t. I, n° 1632. Note de Guénée précitée.

4. Thaller et Pic, n° 886.

5. Paris, 21 mars 1905 : *S.*, 1906-2-1.

validé l'augmentation de capital ; ces faits ne prouvant pas en effet que les souscripteurs ont entendu renoncer au droit qui résulte pour eux de la violation des statuts.

Mais on a observé avec raison que cette pratique est au contraire, parfaitement régulière, du moment que les souscripteurs et les créanciers sont avertis par une mention insérée dans le bulletin ; d'ailleurs, les créanciers sociaux ne pourraient pas invoquer dans ce cas le défaut de souscription intégrale, puisque l'article 1^{er} de la loi de 1867 a entendu par « capital social » non pas les montant des actions mises en souscription, mais de celles qui ont été réellement souscrites ¹.

La Cour de cassation d'ailleurs a rejeté cette fausse interprétation et a admis que la ratification des souscripteurs couvrirait toute cause possible de nullité ².

Section II. — Souscription égale ou supérieure au chiffre annoncé.

Le succès de l'émission rend, comme nous l'avons vu, les engagements des souscripteurs purs et simples, puisque la condition de la souscription intégrale est réalisée.

Nous avons déjà examiné précédemment quels sont les effets du contrat synallagmatique de souscription entre fondateurs et souscripteurs.

Il s'agit ici d'étudier les effets juridiques produits par le fait que les souscriptions réunies sont suffisantes pour couvrir le capital social.

La souscription intégrale produit deux effets principaux :

a) *Formation du contrat de société.* — Ce contrat est formé pour certains par le seul fait de l'intégralité des souscriptions ³ ; pour d'autres, au contraire, il faut en plus que la déclaration la constatant ait été rédigée ⁴.

1. Note de Wahl sous l'arrêt précité.

2. Cass., 13 novembre 1907, *J. soc.*, 1908-345 et 6 mars 1910, *J. soc.*, 1911-154.

3. Zeraffa, *op. cit.*, p. 57.

4. Houpin, *J. soc.*, 1895-486.

En tous cas, l'existence de ce contrat oblige, à partir de ce moment, les fondateurs à constituer définitivement la société ; faute de ce faire, ils pourraient être condamnés de ce chef à des dommages et intérêts¹, puisque l'accomplissement des formalités postérieures ne dépend plus que d'eux.

D'autre part, la formation de ce contrat explique juridiquement la possibilité pour l'assemblée constitutive de modifier les statuts à la majorité, bien qu'à ce moment il n'y ait pas encore de société ; et cette solution doit être encore admise même depuis le décret de 1937 exigeant le dépôt préalable de l'acte de société au greffe, contrairement à l'opinion de certains auteurs². En effet, le décret-loi a simplement entendu que les statuts soient bien rédigés avant les souscriptions ; il ne s'agit donc là que d'une simple mesure de protection du souscripteur *au moment de son engagement*, mais il n'a pas touché à la question de leur modification postérieure, qui doit toujours être réglée comme elle l'était auparavant.

b) *Ratification par les souscripteurs des actes de gestion d'affaires accomplis jusque-là pour leur compte par les fondateurs*³, leur engagement continuant bien entendu à être fait sous la condition de la constitution définitive et régulière de la société.

Cependant, le contrat de société pour être parfait exige une autre condition que la souscription intégrale : il faut encore que les souscripteurs qui ont couvert le capital soient au nombre minimum de 7, dans la société anonyme, et de 4 dans la commandite par actions⁴.

a) Nombre minimum d'actionnaires dans une société anonyme. Pourquoi ce chiffre 7 ? C'est une copie maladroite du droit anglais ; dans celui-ci, le capital doit être

1. Houpin et Bosvieux, n° 660.

2. Alexandroff, *loc. cit.*, p. 47, qui semble confondre la formation du contrat de société avec celle de la société elle-même.

3. Zeraffa, *op. cit.*, p. 57. Lyon-Caen et Amiaud, n° 686 bis.

4. Carpentier et Du Saint « société », n° 2997 et ss.

souscrit par sept actionnaires ¹, signataires du mémorandum et des articles alors que le Droit français n'a prévu rien de pareil : il pourra s'agir simplement de sept souscripteurs quelconques, même n'ayant souscrit chacun qu'une seule action.

De quels actionnaires s'agit-il exactement ? De tous ceux qui ont fait un apport à la société, en numéraire ou en nature, en échange duquel ils ont reçu des actions représentant une part du capital social ² ; il n'est donc pas du tout nécessaire qu'il s'agisse de sept fondateurs ou de sept administrateurs. Mais le nombre de sept ne pourra pas être complété par des porteurs de parts de fondateurs, en dépit d'une opinion qui l'a soutenu ; le porteur de parts est en effet considéré par la doctrine générale et la jurisprudence comme un simple créancier, et non comme un associé véritable (thèse consacrée maintenant par la loi du 23 janvier 1929).

b) Dans les sociétés en commandite par actions, en l'absence d'une règle légale il faut s'en remettre aux opinions des auteurs. On pense généralement que le nombre d'associés dans ces sociétés doit être de quatre au moins ³, puisque en dehors du gérant commandité, l'article 5 de la loi de 1867 a institué un Conseil de surveillance comprenant au moins trois actionnaires ; et qu'il faut en plus un associé existant en dehors du conseil pour pouvoir intenter devant lui l'action sociale ⁴. D'autre part, il est impossible de soutenir qu'un conseil de surveillance ne serait pas nécessaire à partir du jour où le nombre des associés serait inférieur à quatre ⁵ ; on ne peut admettre en effet, que les règles applicables à

1. Company Act du 10 mai 1929, section 4, 6 et 10, thèse de M. André Percerou, p. 199.

2. Pour Arthuys, n° 317, l'attribution d'actions ne serait même pas nécessaire ; en ce sens également Lyon-Caen sous *D. P.*, 1883-2-73, Boistel sous *D. P.*, 1893-2-65, Hémard, n° 181, Houpin et Bosvieux, n° 754.

3. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 683. Houpin et Bosvieux, n° 751.

4. Lacour, n° 429.

5. Cependant Pic, n° 895 et Pont, n° 1139.

une société puissent varier avec le nombre de ses associés ¹.

En principe, les fondateurs ont le droit d'arrêter l'émission quand le capital est couvert ² ; mais, en dehors du cas de souscription de tous les titres par un syndicat, il est rare qu'il soit couvert exactement, les souscriptions affluant au siège social ou chez les banquiers et mettant obstacle à ce qu'on puisse tenir compte de la date des engagements des souscripteurs. Il faudra donc procéder à une répartition entre eux des titres souscrits, proportionnellement au nombre d'actions de chacun d'eux, sauf pour les souscripteurs d'une seule action, qui échappent à toute réduction ³.

L'assemblée générale peut-elle décider d'augmenter le capital au chiffre des souscriptions réellement obtenu ?

Ici, en effet, l'objection faite dans le cas où la souscription était inférieure au capital et consistant à faire ressortir que celui-ci était une garantie pour les tiers et les souscripteurs eux-mêmes, n'existe plus dans cette hypothèse, puisque le gage des créanciers est plus important qu'ils ne l'avaient prévu. D'autre part, on présume que le souscripteur ne demande pas mieux que d'entrer dans une société dont le capital est supérieur à ce qu'il avait cru ; cependant pour nous, juridiquement, on pourrait tenir le même raisonnement que dans le cas où la souscription n'est pas entièrement couverte, et dire que l'actionnaire n'a donné son adhésion qu'en raison du chiffre annoncé, adhésion qu'il pourrait considérer comme non avenue si ce chiffre était augmenté par l'assemblée générale contre sa volonté. Il sera donc prudent, quoique le cas se présentera rarement, pour la société de prévoir l'hypothèse et d'insérer en conséquence une clause dans le bulletin.

Que faut-il décider relativement aux frais de constitution au cas de succès de l'émission ?

Si ces frais ont été prévus par les statuts, la société en

1. Lyon-Caen et Amiaud, ci-dessus.

2. Pic, n° 894.

3. Houpin et Bosvieux, n° 641.

aura la charge ; elle les amortira généralement, étant donné leur importance, sur les bénéfices des premières années de la vie sociale¹.

Dans le cas contraire, les fondateurs devront les supporter entièrement ; pratiquement, ils les feront approuver par une assemblée générale, constitutive ou ordinaire, et passer dans les frais de premier établissement. Quant à la commission de banque, nous verrons qu'elle ne peut être payée qu'après la constitution définitive de la société².

1. Mêmes auteurs, n° 765 et 766, ainsi que n° 1049 et décisions citées.

2. Voir *infra*, p. 129.

DEUXIÈME PARTIE

LE VERSEMENT

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VALIDITÉ

Section I. — Quotité du versement.

Nous examinerons successivement le principe d'un versement minimum sur les actions de numéraire, quel est le principe du versement pour les actions mixtes, et enfin, au cas où les fondateurs ont eu recours aux services d'un syndicat d'émission ou d'un banquier, comment la commission qui leur est due peut leur être payée sans porter atteinte au principe du versement du quart.

§ 1. — PRINCIPE D'UN VERSEMENT MINIMUM

L'article 1^{er}, alinéa 2, étendu aux sociétés anonymes par l'article 24 de la loi de 1867, distinguait, on l'a vu (p. 88) entre les actions de 100 francs et celles de 25 francs selon que le capital social excédait ou non 200.000 francs. Cette disposition avait été introduite par la loi de 1893 pour des raisons de politique financière, car la loi de 1863 elle-même avait prescrit des actions d'un taux plus élevé, 500 francs ou 100 francs au lieu de 100 et 25, et ces actions devaient être libérées du quart au moins avant la constitution de la société ¹.

¹ Lyon, 10 juin 1926. *J. soc.*, 4927-562. Bosvieux, *J. soc.*, 1938, p. 6. Cette disposition est d'ordre public, Houpin et Bosvieux, n° 661, *Copier-Royer*, n° 55.

La loi de 1893 abaissant notablement le taux des actions, le versement du quart, suffisant pour les actions de 100 francs, ne l'était plus pour celles de 25 francs ; aussi durent-elles être à l'avenir libérées intégralement. De cette façon, après la loi de 1893, le versement était dans tous les cas, de 25 francs au moins ¹. Quel a donc été le but de la loi en prescrivant ce minimum de versement ? On fait valoir ordinairement plusieurs motifs : d'abord il est nécessaire de procurer à la nouvelle société un fonds de roulement afin de pouvoir faire face aux premières dépenses de constitution, il faut aussi protéger les souscripteurs contre leur propre entraînement et leur envie de spéculer, mais la principale raison est d'assurer par ce moyen des souscripteurs sérieux et solvables et d'éviter les coureurs de primes ², personnes, qui sans aucun débours préalable, achètent et revendent les actions afin de percevoir un bénéfice sur la différence de cours qu'ils feront monter au besoin artificiellement par une publicité trompeuse. Le but aurait-il été mieux atteint en exigeant, dès le début, la libération intégrale de toutes les actions ? Non évidemment, car dans les grandes sociétés surtout, une certaine quantité d'argent liquide serait restée inutilisée dans les caisses sociales, et aussi parce que les souscripteurs les plus sérieux ne peuvent toujours avoir des disponibilités suffisantes pour libérer leurs actions en une seule fois. A ce propos, une question fort débattue en doctrine jusqu'à ces dernières années portait sur le point suivant : dans le silence du texte, qui ne prévoit que deux sortes d'actions, 25 et 100 francs, que fallait-il décider pour la libération des actions d'un taux intermédiaire ?

Une partie des auteurs ³ soutenait que le droit commun étant le versement du quart, celui-ci suffisait dans tous les

1. Le montant de la prime d'émission n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de la quotité du versement minimum.

2. Dalsace, *Rev. soc.*, 1937, p. 298 *in fine*, se prononce pour l'obligation d'un versement total dès le début.

3. Copper-Royer, t. I, n° 58. Floucaud-Rénardille, t. I, n° 349 *ter*.

cas. Une autre partie affirmait ¹ au contraire que pour être d'accord avec le texte, ces actions devaient être libérées intégralement. Mais ces systèmes conduisaient à des résultats absurdes ; dans le premier, il suffisait d'un versement de 6 fr. 50 sur une action de 26 francs, alors que l'action de 25 francs devait être libérée intégralement ; dans le second, l'action de 50 francs devait être libérée intégralement, tandis qu'il suffisait de verser 25 francs sur une action de 100 francs ; aussi, devant les résultats absurdes de ces systèmes, la majorité des auteurs s'était-elle ralliée à un système intermédiaire, non contraire au texte et le seul d'accord avec la logique : versement minimum du quart sur toutes les actions, sans jamais être inférieur à 25 francs ².

Du reste la question qui ne présentait qu'un intérêt théorique du fait de l'absence de décision sur ce point, n'en présente plus aucun depuis le décret-loi du 31 août 1937. Celui-ci, élevant comme nous l'avons vu, le taux minimum de toutes les actions à 100 francs, a tranché la question d'une façon définitive ; désormais, les titres des sociétés par actions devront être libérés d'au moins 25 francs.

Mais bien entendu, si les souscripteurs y consentent, les fondateurs peuvent exiger dès avant la constitution de la société un versement plus important en prévision de certaines dépenses que celle-ci aura à régler à bref délai ³. Dans ce cas, le bulletin de souscription devra mentionner expressément ce que le souscripteur aura à verser. Signalons par ailleurs à ce sujet une proposition faite par un auteur en 1910 ⁴, tendant, en autres choses, à augmenter

1. Lacour et B., n° 433. Wahl, *Augm. de cap.*, 1894. Bouvier-Baugillon, *Loi du 1^{er} août 1893*, p. 62. Arthuys, n° 329.

2. Ripert, cours 1936-1937, p. 651. Lyon-Caen et Renault, n° 695 après avoir soutenu la première opinion (la loi de 1893, p. 10). Pic, n° 899. Houpin et Bosvieux, n° 662, qui s'appuient sur l'opinion des travaux préparatoires de la loi, sur le projet de 1903 et sur le décret du 1^{er} décembre 1893 sur l'admission à la cote des valeurs des sociétés étrangères.

3. Houpin et Bosvieux, n° 662 *in fine*.

4. Colin, *La réforme des sociétés*, 1910.

le versement minimum et à le porter à la moitié ; mais cette suggestion n'a pas été suivie par le législateur.

Nous n'avons jusqu'ici examiné que le cas des actions dites de numéraire. Laissant de côté les actions d'apport qui sont libérées par le fait même de l'apport pourvu que celui-ci ait été vérifié et approuvé suivant les formalités de l'article 4 de la loi de 1867, nous nous occuperons maintenant du cas des actions mixtes, c'est-à-dire correspondant pour partie à un apport et pour partie à un versement en espèces.

Sous l'empire de la loi de 1867, on discutait de la question de savoir si le nombre de ces actions était limité, car, soutenait-on, elles restreignaient la souscription ouverte au public et favorisaient les répartitions d'actions entre fondateurs, souvent causes de fraudes de la part de ceux-ci ; enfin elles ajoutaient à la loi, qui n'avait prévu que deux catégories d'actions, correspondant en totalité à un apport en nature ou à un apport en numéraire. Mais ces arguments, au surplus inopérants, n'avaient pas convaincu la jurisprudence qui avait décidé non seulement que ces actions étaient parfaitement licites, mais que le versement d'un quart en espèces était inutile, du moment où la valeur de l'apport en nature était égale au quart au moins des actions attribuées ¹. La loi de 1893, n'a pas prohibé les actions mixtes, contrairement à l'opinion d'une certaine partie de la doctrine émise à ce moment ² ; mais désormais, les actions mixtes doivent être libérées intégralement avant la constitution de la société, c'est-à-dire que la somme représentant la différence entre la valeur de l'apport en nature et le montant de l'action doit être entièrement versée ³. Cette exigence a eu principalement pour but de

1. Houpin et Bosvieux, n° 664. Lyon-Caen et Renault, n° 703, note 2. Lacour et B., n° 435. *Paris*, 28 avril 1883, S., 1884-2-99. *Cass.*, 15 février 1884, S., 1884-1-499. Lyon-Caen, note sous S., 1881-2-97. *Paris*, 28 avril 1883 et note de Poncet.

2. Perrin, *Loi de 1893*, p. 8. Faure. *Loi de 1893*, p. 63.

3. Houpin et Bosvieux, Lyon-Caen et Renault, mêmes références. *Cass. cr.*, 26 octobre 1905. *D. P.*, 1907-4-417.

restreindre le nombre des actions mixtes, qui se prêtaient trop facilement aux évaluations exagérées des apports de la part de certains fondateurs ; à ce sujet on a vu que le bulletin de souscription, désormais obligatoire, doit mentionner la part du capital représentative d'apports en nature, c'est une mesure nouvelle de défiance que le législateur a pris contre les apporteurs en nature. Par ailleurs, une autre prescription a été votée également en 1893 : l'innégociabilité de ces actions pendant les deux ans qui suivent la constitution. C'est un délai d'épreuve destiné à renseigner les dirigeants de la société sur la valeur réelle des apports qui ont été faits.

§ 2. — COMMENT LA COMMISSION ATTRIBUÉE A UN BANQUIER OU A UN SYNDICAT D'ÉMISSION PEUT-ELLE ÊTRE RÉGLÉE SANS PORTER ATTEINTE AU PRINCIPE DU VERSEMENT MINIMUM ?

On sait qu'il existe trois manières principales pour un syndicat de lancer une souscription : il peut souscrire toutes les actions de la société pour les revendre dans le public, il peut servir simplement d'intermédiaire pour le placement des titres, et enfin combiner les deux façons en garantissant l'émission, c'est-à-dire placer les titres dans le public comme dans le cas précédent, mais s'engager en même temps à souscrire ce qui ne pourra être placé. Donc trois sortes de syndicats : de prise ferme, d'entremise, de garantie.

Bien entendu la commission est d'autant plus élevée que le risque est plus grand ; à ce sujet il faut signaler un arrêt¹ de la Cour de cassation décidant que la commission est sans cause juridique et sujette à répétition si elle n'a pas sa contre-partie dans une prestation ou dans un risque. C'est qu'en effet la commission exigée est souvent très lourde, 15 à 20 p. 100 quelquefois ; il est évident que les syndicats répondent à une nécessité pratique, mais elle a donné lieu à des abus ; son importance obligera quelque-

1. *Cass.*, 11 décembre 1900. *J. soc.*, 1901-151.

fois la société à en porter le montant à l'actif de son bilan, pour l'amortir après la constitution en plusieurs annuités.

Dans quel cas la commission est-elle licite ? Dans le cas où le banquier n'est qu'un intermédiaire pour le placement des titres, qu'un mandataire ; et aussi dans le cas où il joue le rôle de garant ¹, car c'est un service qui mérite rémunération, la commission portant à la fois, à forfait sur les titres pris par le banquier et sur ceux souscrits par d'autres que par lui. Mais, bien entendu, il est impossible d'attribuer une commission au banquier souscripteur pur et simple de tous les titres ², sous peine de rendre une partie du capital social fictif ; sa rémunération consistera alors dans une prime qu'il percevra lors de la revente des titres dans le public.

Comment sera-t-elle payée ? Il faut distinguer entre deux hypothèses. Si les statuts ont prévu expressément le paiement de la commission, la société sera tenue envers le banquier, et ce d'autant plus que les souscripteurs ont pu connaître la clause, grâce au projet des statuts maintenant obligatoirement déposé au greffe du Tribunal de commerce. Si les statuts sont muets, les fondateurs n'auront pu alors engager la société par des contrats passés par eux avec des tiers, car la société n'ayant pas d'existence légale avant la constitution définitive, ne peut avoir de dettes à cet instant ³.

Au cas où le banquier serait en même temps associé, il s'agit alors d'un avantage particulier soumis aux vérifications de l'article 4 de la loi de 1867.

A quelle époque la commission pourra-t-elle être payée ? A ce sujet, plusieurs opinions sont en présence.

Pour certains auteurs ⁴, pourvu que l'opération ne

1. Thaller (rapport au Congrès de Bruxelles) Documents du Congrès, t. II, p. 14 et ss. et Wahl sous S. 1913-2-129 estiment dans ce cas la commission d'une licéité douteuse.

2. En sens contraire, Lyon, 6 mars 1912, D. P., 1915-2-25 et note de Chéron. Amiot, G. soc., 1912, p. 295.

3. En sens contraire, Arthuys, n° 43, Lacour, n° 435, Amiot, Gaz. soc., 1912, p. 295.

4. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 700. Arthuys, t. I, n° 337.

masque aucune fraude, le prélèvement par le banquier de sa commission sur le montant du premier quart est licite même avant la constitution définitive de la société. En effet, disent ces auteurs, le but du législateur en exigeant le versement du quart a été non pas tant de procurer des ressources immédiates à la société que d'éviter les coureurs de primes et de lui procurer des souscripteurs sérieux et solvables. Une telle théorie est inadmissible : outre qu'il est impossible de déterminer le motif le plus important que le législateur a eu en vue en exigeant un versement minimum, cette pratique conduirait à rendre une partie des souscriptions fictives et à faire encourir un risque de nullité à la société, sans parler de la possibilité ultérieure d'application de l'article 13 pour émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée et de celle du délit de fausse affirmation dans la déclaration notariée, délit prévu par le décret-loi du 8 août 1935 (art. 15, al. 1^{er} de la loi de 1867 nouveau). Enfin, nous avons déjà exposé plus haut que la société ne pouvait avoir de dettes avant la constitution.

C'est pourquoi avec la majorité de la doctrine¹, nous pensons que la règle du versement du quart n'est pas respectée lorsque le banquier prélève sa commission avant la constitution et que ce prélèvement ne peut valablement être opéré qu'après la constitution définitive par un vote conforme de l'assemblée générale constitutive ; si, en effet, la commission est prélevée avant, la règle du versement du quart est violée et cela même si le quart a été ensuite complété par un tiers le jour de la déclaration notariée², car s'il en était autrement, le droit de vérification de l'assemblée générale ne serait plus qu'une formalité inutile³. Certains arrêts sont même allés plus loin encore dans cette voie, c'est ainsi que la Chambre des requêtes⁴ a déclaré que le ban-

1. Houpin et Bosvieux, n° 638. Lacour et Bouteron, n° 435. Thaller et Pic, n° 903. Lyon, 5 mars 1912. *D. P.*, 1915-2-25 et note de Chéron, précité. Paris, 17 juin 1904, *D. P.*, 1907-2-152 et note de Boutaud.

2. Cass. r., 17 juillet 1885, *D. P.*, 1886-1-273.

3. Note de Benoist sous l'arrêt précité.

4. R., 28 octobre 1901, *J. soc.*, 1904, p. 200.

quier ne pouvait prélever sa commission même après la constitution définitive de la société et alors même qu'elle lui aurait été reconnue par le Conseil d'administration. Cette décision, assurément trop sévère a probablement été inspirée par des considérations de fait ; elle a été vivement critiquée, et on fait observer que la commission n'étant qu'une dette sociale comme les autres ne pouvait vicier la constitution de la société et pouvait valablement être réglée avec les fonds provenant du premier quart, que décider le contraire serait, dans certains cas, contraindre la société à faire l'appel du deuxième quart et ce, au moment où les actionnaires n'ont encore reçu aucun bénéfice.

Cependant, il faut observer qu'en cas d'augmentation de capital, la situation n'est plus la même et l'on n'hésitait pas à reconnaître que la commission de banque pouvait valablement être réglée sur le montant de la prime d'émission¹, même avant la vérification par l'assemblée générale de la sincérité de l'augmentation ; une telle pratique, en effet, ne pouvait rendre les souscriptions fictives puisque la prime n'est qu'un apport supplémentaire consenti par les nouveaux actionnaires et ne fait pas partie du capital social. Mais cette pratique elle-même a été rendue impossible par le décret-loi du 31 août 1937 prescrivant le dépôt des fonds provenant des souscriptions chez un notaire ou à la Caisse des Dépôts et Consignations et, selon nous, il s'agit là d'une mesure de sécurité en faveur des souscripteurs qui commande le dépôt de tous les fonds versés par eux, y compris le montant de la prime d'émission *infra*, p. 168. Enfin, nous ne voudrions pas terminer sans signaler une autre solution très curieuse de ce même arrêt de la Chambre des requêtes, décidant que la commission accordée à un banquier en même temps administrateur de la société était illicite si elle n'avait pas été approuvée par l'assemblée générale² ; mais cette solution ne s'applique qu'aux marchés et entreprises passés par l'administration avec la société

1. Houpin et Bosvieux, n° 639.

2. Voir article 40 de la loi de 1867.

postérieurement à la constitution et lorsque ces marchés ont été successifs, d'après la jurisprudence, mais non avant sa constitution et relativement à l'émission des actions représentatives du capital de fondation; il y aura seulement lieu, dans ce cas particulier, à approbation de la rémunération de l'administrateur selon le rite prévu à l'article 4 de la loi de 1867.

§ 3. — QUELLE SERA LA SANCTION DE LA VIOLATION DU PRINCIPE DU VERSEMENT MINIMUM, PAR SUITE DU PRÉLÈVEMENT ANTICIPÉ SUR LES FONDS REPRÉSENTANT LE PREMIER QUART ?

Cette sanction sera la nullité par application des articles 1 et 8 de la loi sur les sociétés. Mais il est unanimement admis que, selon l'article 3 de la loi de 1893, l'irrégularité pourra être couverte et l'action en nullité ne sera plus recevable lorsque la cause de celle-ci aura cessé d'exister, c'est-à-dire lorsque l'assemblée générale constitutive aura approuvé par son vote le prélèvement qui a été fait irrégulièrement et, d'autre part, aura constaté que, déduction faite de la commission, le montant du premier quart existe bien dans la caisse sociale; à cet instant¹, le vice sera alors réparé sans qu'il soit besoin de refaire une nouvelle déclaration notariée (voir *supra*, p. 99).

Enfin, conformément à un principe déjà exposé, les fondateurs et premiers administrateurs pourront être déclarés responsables du défaut du versement minimum, mais seulement dans la mesure où le préjudice subi par les souscripteurs a sa cause dans le défaut de versement lui-même, et dans celle du dommage causé par la nullité². D'autre part, ils pourront encourir les pénalités édictées par l'article 13 et l'article 15, alinéa 1^{er} nouveau de la loi de 1867.

1. Voir cependant Lyon, 10 juin 1926, *J. soc.*, 1927, p. 562, affirmant que le vice n'est pas couvert si le versement du quart n'a été fait que bien postérieurement à la constitution de la société et sur l'intervention des administrateurs.

2. Seine, 12 janvier 1928, *Rep. soc.*, 1928, p. 341.

Section II. — Modes de versement.

Nous avons vu dans le chapitre précédent quelle était la quotité du versement minimum exigé par le législateur sur le montant des titres émis par les sociétés par actions. Mais cette prescription serait restée lettre morte si, en même temps, le législateur n'avait pas pris les précautions nécessaires pour que ce minimum exigé fut réellement versé dans la caisse sociale. Et les mêmes motifs qui militaient en faveur de ce versement minimum (nécessité de ressources immédiates pour la nouvelle société ainsi que celle d'éviter les coureurs de primes) conservent toute leur valeur lorsqu'il s'agit du mode imposé aux souscripteurs pour se libérer de leur dette.

Ici, comme lorsqu'il s'agissait de la protection du consentement de l'actionnaire au moment de son engagement (dépôt préalable du projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce et mention de leurs clauses principales dans un bulletin laissé aux souscripteurs), nous allons assister dans notre matière à une évolution constante en vue d'assurer la plus grande sincérité possible dans la réalité du versement exigé.

Cette évolution marquée dès le lendemain de la loi de 1867 par les efforts de la jurisprudence a été poursuivie, par ceux du législateur dans la loi du 1^{er} août 1893, dont l'œuvre, comme nous le verrons, a été complétée par le décret-loi du 31 août 1937.

§ 1. — PREMIÈRE PÉRIODE

Loi de 1867. — Celle-ci étant muette sur la manière dont le versement devait être effectué, il semblerait que tous les modes soient permis ; mais cette trop grande liberté a été aussitôt tempérée par la jurisprudence qui, s'inspirant des motifs ci-dessus, ainsi que des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, a exigé (c'est une formule que nous retrouvons en

tête de tous les arrêts) « un versement en numéraire ou en valeurs équivalentes, c'est-à-dire d'une réalisation certaine et immédiate ¹ ».

Par conséquent, si le versement en billets de banque et bons du Trésor ainsi que par le moyen de chèques et coupons échus et en général de tous les titres payables à vue (lettres de change) était unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence comme modes de versement valable ², par contre, on reconnaissait qu'il était impossible de se libérer par la remise de valeurs mobilières d'une réalisation douteuse ³ et incertaine n'ayant jamais obtenu « ni cote officielle, ni cours en Bourse ⁴ », ni par celles de factures ou mémoires acquittés de travaux exécutés pour le compte de la société, pas plus que par des effets souscrits sur une banque particulière ; par *a contrario*, le versement était valablement effectué au moyen d'une remise de valeurs d'une réalisation certaine.

Mais si tous ces cas ne présentent pas de difficultés, il n'en est pas de même dans l'hypothèse d'ouverture de crédit par la société aux souscripteurs pour leur permettre d'effectuer leurs versements. Ce mode de libération est assurément illicite lorsque la société n'a pas de ressources suffisantes pour cette opération ; mais en est-il de même dans le cas contraire ? Quoique la question paraisse sujette à controverse, il semble qu'on pouvait la considérer comme tranchée par des arrêts successifs de la Cour de Paris (26 juillet 1887) ⁵ et de la Cour de cassation, Chambre criminelle (23 juin 1883⁶). De ces décisions, il résulte que ce mode de libération est impossible même si l'ouverture de crédit au lieu de repo-

1. Paris, *D. P.*, 1862-2-145. Chambéry, 28 janvier 1881, *S.*, 1881-2-260. Cass., 10 février 1885, *D. P.*, 1885-1-355.

2. Beudant, *Revue crit.*, 1870, t. XXXVI, p. 130. Pont, n° 894. Pic, *Annales de dr. com.*, 1913, p. 427.

3. Cass., 11 mai 1863, *D. P.*, 1863-1-213. Chambéry, précité.

4. Paris, 26 juillet 1887, *D. P.*, 1888-2-145 et note Sarrut.

5. Précité.

6. Cass. crim., 23 juin 1883, *D. P.*, 1883-1-425.

ser sur la solvabilité personnelle de l'actionnaire était garantie par le dépôt de valeurs sérieuses, car il se peut qu'au moment de la réalisation du gage, elles se révèlent être d'une valeur insuffisante pour libérer le premier quart. Un tel mode de versement ne pourra être considéré tout au plus que comme une dation en paiement. Faut-il également donner la même solution lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital, la libération des actionnaires étant effectuée dans ce cas au moyen de prélèvements sur les réserves ? M. Sarrut dans une note au *D. P.* 1888-2-145, se prononce pour l'affirmative, ajoutant que le but de la loi n'est pas rempli, le capital social n'y ayant pas gagné un centime. Mais il nous paraît que l'auteur fait ici une confusion entre capital social et actif social, le capital seul étant le gage des créanciers sociaux, alors que les réserves distribuables sont au contraire la propriété des souscripteurs.

L'opération qui a pour but de transformer ces réserves en actions répond donc bien aux vœux de la loi puisque les nouveaux titres sont libérés au moyen de fonds qui auraient pu être distribués au cours de la vie sociale et qui sont, à partir de ce moment, immobilisés au profit des créanciers.

La seule difficulté qui se pose à ce propos est celle de l'augmentation de l'engagement des actionnaires. De l'article 31 de la loi de 1867 modifiée par celle du 22 novembre 1913, il résulte en effet que l'assemblée générale constitutive peut modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, à condition de ne pas changer la nationalité de la société, ni d'augmenter les engagements des actionnaires : or, c'est le faire que de faire tomber dans le gage des créanciers des sommes sur lesquelles jusqu'ici ceux-ci n'avaient aucun droit ; il nous semble que cette opération sera cependant possible, même depuis la loi de 1913, à condition qu'une clause spéciale des statuts ait autorisé l'assemblée générale à l'effectuer dans certaines limites déterminées, clause que les actionnaires ont pu aisément connaître par le projet déposé au greffe à leur intention.

Par ailleurs, on admettait également que le versement ne pouvait être effectué par un simple débit sur les livres de la

société, car il ne s'agit là que d'une promesse de payer qui n'ajoute rien à la souscription elle-même, qui contient déjà l'engagement de verser le minimum requis.

Mais il était d'autre part admis ¹ que le versement pouvait être effectué par un tiers en l'acquit du souscripteur, pourvu qu'il ait lieu en numéraire ou valeurs équivalentes.

Celui-ci pouvait-il également se libérer par compensation entre ce qu'il devait sur les titres souscrits et ce que lui devait la société antérieurement à l'émission ? Ce mode de versement était généralement admis, mais uniquement en cas d'augmentation de capital, cette opération serait en effet impossible au moment de la constitution primitive ; car on sait que la compensation pour être valable doit se produire entre personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre ; or, nous avons vu que la société n'a aucune existence juridique avant sa constitution définitive ; elle ne peut, par conséquent, avant ce moment, être débitrice d'une façon quelconque, alors qu'elle peut l'être au contraire envers le souscripteur au moment d'augmenter son capital ². C'est ainsi qu'on admettait que le souscripteur débiteur du premier quart pouvait valablement se libérer en compensant sa dette avec le prix de valeurs vendues par lui à la société antérieurement à l'émission ³ : il s'agit là de deux opérations juridiques distinctes qui doivent chacune produire leur effet propre du moment où, bien entendu, les deux dettes réunissent les conditions ordinaires de certitude, de liquidité et d'exigibilité requises par l'article 1291, alinéa 1, du Code civil, conditions qui seront remplies lorsque la société aura retiré du produit de la vente une somme au moins équivalente au montant du quart des actions souscrites.

Et il a été jugé ⁴ que la libération par compensation serait

1. Cass., 20 novembre 1888, *S.*, 1891-1-12.

2. Houpin et Bosvieux, t. II, n° 901. Il fallait qu'au moment du versement qu'elle remplaçait, la compensation se soit opérée de plein droit, dans les conditions légales : Pont n° 887, Vavasseur, n° 397.

3. *D. P.*, 1888-2-129, 1^{re} espèce.

4. Note sous l'arrêt précité.

valable, même si la vente des valeurs à la société avait lieu au cours de l'émission des actions au cas où la société serait précisément une maison de banque, car l'augmentation de capital en question ne peut avoir pour effet d'arrêter les opérations de Bourse en cours à ce moment entre elle et ses clients, souscripteurs de ses actions.

De même la compensation était reconnue valable lorsqu'elle s'était opérée avant la faillite de la société¹, celle-ci ne pouvant porter atteinte aux compensations opérées avant la déclaration de faillite. Les créanciers sociaux auraient-ils pu se prévaloir de leur action directe pour contraindre cependant l'actionnaire au versement de sa mise entre les mains du Syndic ? Toute la question est de savoir si l'actionnaire peut, en dépit de cette action directe, opposer la compensation de sa créance avec sa commandite comme il pourrait l'opposer avec toute autre dette. Il semble que la compensation doit être possible conformément au droit commun ; en effet, si l'actionnaire ne peut empêcher les créanciers sociaux de l'obliger à verser le complément de sa mise, quelles que soient les raisons qu'il pouvait faire valoir contre le Conseil d'administration pour ne pas le faire, c'est cependant à la condition que sa dette existe ; or, elle n'existe plus si la compensation s'est valablement opérée avant l'ouverture de la faillite ; car la compensation n'est pas une simple exception inopposable comme telle à ceux qui peuvent se prévaloir d'une action directe, mais un paiement véritable qui fait disparaître la créance elle-même.

D'autre part, il était généralement reconnu que le souscripteur pouvait se libérer de sa dette au moyen d'un virement en banque². Mais, bien entendu, pour que le virement corresponde bien à un paiement en espèces, l'actionnaire et la société devaient avoir un compte courant dans la même banque, sinon le virement n'aurait correspondu qu'à une simple promesse de paiement avec indication du lieu où les

1. Req., 4 mars 1867, *D. P.*, 1867-4-425 et note.

2. Cass., 20 janvier 1885, *D. P.*, 1885-1-453 et 9 juin 1891, *J. soc.*, 1891, p. 501.

fonds auraient été à la disposition de la société ¹. Pour que la libération fut sincère, il était donc nécessaire que le banquier fasse une passation d'écriture telle que les sommes représentatives du premier quart soient réellement à la disposition de la société, de telle sorte que celle-ci en ait la disposition pleine et entière au jour de sa constitution. C'est ce qui ressort de trois arrêts successifs de la Cour de cassation (9 juin 1881, 13 février et 19 mars 1894 ²).

Le virement pouvait se produire d'ailleurs dans plusieurs hypothèses, soit entre le compte de la société et celui du banquier personnellement souscripteur, soit entre le compte de la société et celui d'un souscripteur possédant un compte dans la même banque que celle-ci, soit même que la société soit elle-même un établissement de crédit; le versement par débit de compte était valable dans tous ces cas, pourvu que le compte de la société fasse apparaître constamment à son crédit une somme au moins égale au quart des actions souscrites. Et il a même été jugé que l'insolvabilité du banquier, survenue *postérieurement* à la constitution de la société, mais avant qu'il ne lui ait entièrement remis les sommes dont il avait crédité son compte pour libérer le premier quart, ne saurait avoir pour effet de vicier la constitution de la société ³, alors qu'il a été établi qu'au jour même de la constitution, les sommes égales au montant du premier quart existaient réellement dans la caisse de la banque.

Deuxième période.

Loi du 1^{er} août 1893. — Les divers procédés de versement admis par la jurisprudence et en particulier la libération par virement en banque avaient provoqué de nombreux abus que le législateur a voulu réprimer. Il prescrivit que désormais le versement aurait lieu en espèces : cette modification à l'article 1^{er} de la loi de 1867 proscrit

1. Note de Wahl. S., 1909-1-137.

2. *J. soc.*, 1891, p. 501, 1894, p. 241 et 436. Cass., 20 janvier 1885, *D. P.*, 1885-1-453.

3. *D. P.*, 1888-2-129.

donc le versement par la remise de valeurs de réalisation facile et immédiate, laquelle incombera désormais non plus à la Société, mais au souscripteur lui-même ; les sommes à elle procurées devant l'être d'une manière définitive, et non provisoire ni précaire ¹.

Par conséquent, au lendemain de la loi de 1893, en dehors des modes de versement déjà prohibés antérieurement, il fallait également considérer comme illicite la libération par remise de valeurs mobilières même non douteuses, le paiement par chèque, par coupons échus et par le moyen de toute monnaie fiduciaire en général ² ; était également interdit à l'avenir le versement par le moyen d'une ouverture de crédit de la société au souscripteur, telle que nous l'avons analysée ci-dessus ³.

Mais si tous ces cas ne présentent pas de difficultés, il n'en est pas de même de la question de savoir si le paiement par compensation ou par virement en banque devait toujours être considéré comme licite. Certains ⁴ se sont prononcés pour la négative en se basant sur le caractère limitatif du nouveau texte. Pourtant en ce qui concerne la compensation, il semble qu'elle doit toujours être admise car elle correspond comme, nous l'avons expliqué plus haut, à un véritable paiement en espèces, à condition bien entendu qu'elle n'ait lieu que dans le cas d'une augmentation de capital et, d'autre part, qu'elle réunisse les conditions exi-

1. Pic, n° 905. Paris, 17 juin 1904, *D. P.*, 1907-2-152 et note de Bou-teaud. Pour Genevois, 2^e partie, p. 22 et ss., les mots « en espèces » auraient été glissés là sans aucune intention, il s'agirait d'un simple pléonasme.

2. Paris, 19 janvier 1933, *G. P.*, 1933-1-412.

3. Le paiement au moyen de bons du Trésor qui était considéré comme licite antérieurement à la loi de 1893 doit-il l'être encore après ? A notre avis, il faut répondre par la négative. Ce mode de libération représente en effet des emprunts à court terme émis par l'État, payables à vue et d'une réalisation certaine il est vrai mais soumis à certains des impôts frappant les valeurs mobilières en général, et ce, même depuis la loi du 13 mars 1924, et dont il faut au surplus attendre la date d'échéance.

4. Lyon-Caen et Amiaud, n° 699 *in fine*.

gées par l'article 1291, alinéa 1^{er} du Code civil, en particulier qu'elle ne se produise qu'entre deux personnes respectivement créancières et débitrices. C'est ainsi qu'un souscripteur d'action ne pourrait pas se libérer du montant de sa dette envers la société, en compensant celle-ci avec une créance qu'il aurait contre le propriétaire d'une usine ayant fait l'objet d'un apport en nature à la dite société. Outre que cette pratique se heurterait au principe sus-énoncé, elle contreviendrait à celui suivant lequel une Société ne peut avoir de dettes avant sa constitution. Dans une note au *D. P.* 1877-1-49, Demolombe il est vrai soutenait que dans ce cas le versement était bien effectif puisque en fin de compte par le moyen d'un double transfert de créances, l'actionnaire se trouvait bien libéré à l'égard de la société à concurrence du montant de ce que celle-ci devait au propriétaire de l'usine ; et l'auteur d'ajouter que cette pratique avait en outre l'avantage d'écarter cette objection qui consistait à dire que la Société ne pouvait exister que par l'achat de l'usine dont l'exploitation était le but social, et que, d'autre part, elle ne pouvait l'acheter qu'à la condition d'exister.

Mais pour nous, il est dans l'esprit comme dans la lettre de la loi de 1893, de ne permettre le versement par compensation que dans le cas où celle-ci réunit bien toutes les conditions exigées, ce qui n'est pas le cas dans l'exemple rapporté ci-dessus et c'est d'ailleurs ce qu'avaient répondu les adversaires au procès ; d'autre part, l'argument fourni par Demolombe à l'appui de sa thèse est également sans valeur ; en effet, la société n'a nullement besoin d'exister pour acheter l'usine, puisque les fondateurs pourront agir à sa place par voie de promesse d'achat qui deviendra rétroactivement définitive le jour de la constitution, ou mieux achèteront avec leurs deniers propres et porteront ensuite cette dette dans les frais de constitution et de premier établissement lors du vote de l'assemblée générale¹.

Par ailleurs, il faut observer qu'il ne peut y avoir dans

1. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 765.

les sociétés par actions que deux sortes d'apports : apports en nature et apports en numéraire, et que, par conséquent, tout ce qui n'équivaut pas à un paiement en espèces doit être considéré comme apport en nature et soumis comme tel à la vérification et à l'approbation prescrites par l'article 4 de la loi de 1867, quand bien même ce mode de versement aurait eu pour effet de procurer à la société les sommes exigées.

Dans l'espèce que nous avons citée, il ne pouvait s'agir que d'une dation en paiement ou d'une délégation de créance, mais non d'un versement véritable. On doit donner la même solution dans le cas où l'actionnaire débiteur de la société serait créancier des fondateurs personnellement ¹.

Le versement pour être effectif ne devait pas servir à payer avant la constitution les dettes personnelles d'un autre apporteur ; c'est ce qui résulte d'un arrêt, d'ailleurs assez confus, de la Cour de Douai (6 août 1903) ² décidant que le versement est fictif si celui qui fait l'apport s'est engagé, moyennant l'attribution d'un certain nombre d'actions, à éteindre les dettes personnelles d'un autre actionnaire, le versement étant alors fait en réalité à cet actionnaire et non à la société.

Il s'agit maintenant d'étudier le champ d'application du paiement par compensation, puisque ce mode de libération était toujours valable. Certains auteurs ³ ont admis que la compensation pouvait se produire d'une manière conventionnelle en dehors des conditions requises, par exemple au cas où une créance du souscripteur contre la société serait à terme ou conditionnelle. Si cette solution est conforme au principe du droit civil, il n'en reste pas moins cependant que les administrateurs devront se montrer très prudents : ils devront s'assurer qu'il s'agit de créances sérieuses (créances à terme) et écarter au

1. Paris, 28 mai 1884. *D. P.*, 1886-2-177.

2. *D. P.*, 1907-2-377 et note de Levillain.

3. Copper-Royer, *op. cit.*, p. 706.

contraire celles qui sont soumises à une condition, comme étant trop aléatoires, et au cas où une fois la compensation permise le titre du souscripteur se révélerait inexistant, il ne fallait pas hésiter à dire que les administrateurs pouvaient être déclarés solidairement responsables du préjudice subi par les autres apporteurs (art. 42 de la loi de 1867) du fait de la nullité de l'augmentation de capital résultant du défaut de versement du quart.

D'autre part, le versement par compensation était d'une application particulièrement intéressante lorsqu'une société voulait transformer une partie de ses réserves en actions. Nous avons vu précédemment qu'il fallait écarter sans hésiter l'objection tirée de l'article 31 de la loi de 1867. L'opération se présentait de la façon suivante : émission d'actions de numéraire créées en vue de l'augmentation du capital social, et libération du minimum exigé au moyen d'une partie des réserves distribuables, qui faisaient l'objet d'une répartition préalable entre les nouveaux souscripteurs ¹.

La compensation pouvait également être utilisée par une société désireuse d'éteindre une partie de son passif en s'adjoignant ses créanciers comme associés sans leur imposer aucun versement en espèces. Cette pratique revient à ceci : il y a apport en nature d'une partie des créances que les futurs souscripteurs possèdent contre la société qui, comme telles, devraient être soumises à la vérification et à l'approbation prescrites par l'article 4 de la loi de 1867 mais qui y échappent par la nouvelle émission d'actions de numéraire, la libération de ces actions étant précisément effectuée par la compensation entre les deux dettes en présence ².

Et, contrairement à l'opinion de certains auteurs ³, cette opération était possible même après la déclaration de

1. Houpin et Bosvieux, t. II, n° 872. Amiaud, *Des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, p. 451.

2. Houpin et Bosvieux, n° 870. Thaller et Pic, n° 1422.

3. Thaller, *Annales de Dr. com.*, 1907, p. 177 et *J. soc.*, 1907, p. 471.

faillite ou la mise en liquidation judiciaire de la société. En effet, rien n'empêche la compensation d'équivaloir à un versement en espèces pour la partie des créances recouvrables : car il n'y a ici aucune violation du principe de la suspension des poursuites individuelles et aucun privilège en faveur de ces créanciers devenus associés puisque pour le surplus de la partie non recouvrable de leur créance ils devront faire une remise de dette à la société.

Une autre question délicate était celle de savoir si, au lendemain de la loi de 1893 exigeant un paiement en espèces, la pratique de versement au moyen de virements dans une banque du compte du souscripteur au compte de la société, pouvait toujours être considéré comme licite ; l'affirmative nous semble devoir être admise car le virement correspond bien, comme nous l'avons vu, à un paiement véritable. Il est vrai que c'est surtout à son propos que les fraudes antérieures à la constitution des sociétés s'étaient produites le plus souvent ; mais le fait qu'une pratique déterminée se prête facilement aux agissements des financiers peu scrupuleux ne suffit pas pour la faire prohiber.

Bien entendu, le virement devrait toujours, comme auparavant, procurer à la société des ressources immédiates¹ ; la jurisprudence a d'ailleurs décidé à ce sujet que les fonds représentatifs du premier quart devaient rester dans la caisse du banquier d'une manière continue jusqu'au moment de leur utilisation par la société. Il devrait y avoir, ainsi que le dit un arrêt de la Cour de Paris, une affectation continue² de ces sommes au profit de la société, présentant le caractère d'un dépôt intangible, c'est-à-dire emportant le désaisissement complet du banquier sur ces fonds³.

Cette jurisprudence a été cependant critiquée par un

1. Seine, 17 décembre 1926, *J. soc.*, 1929-378. Lyon, 17 janvier 1927, *J. soc.*, 1928-354.

2. Paris, 2 février 1914, *J. soc.*, 1915-167.

3. Seine, 31 décembre 1923, *G. Pal.*, 1924-1-293. Paris, 2 février 1914, précité.

auteur¹, appuyant son argumentation sur les inconvénients engendrés par cette exigence dans le monde des affaires. D'après lui, il est de la nature de la profession de banquier de faire continuellement circuler les fonds déposés pour une cause quelconque dans la caisse de l'établissement. Ce serait aux dirigeants de la banque à prévoir eux-mêmes l'importance des retraits de fonds pouvant être effectués chez eux à un moment quelconque et à se ménager en conséquence les avances nécessaires pour assurer constamment la solvabilité de l'établissement. Cet emploi des fonds étant par ailleurs justifié au point de vue juridique par ce fait que, s'agissant de sommes liquides, non litigieuses, le déposant en devient *ipso facto* propriétaire, à charge d'en rembourser l'équivalent.

Cependant, cette argumentation discutable devait être rejetée comme étant également dangereuse pour la sincérité du versement qui, de cette façon, n'aurait plus reposé que sur la solvabilité personnelle du banquier. En tous cas, si l'emploi des fonds avait eu lieu avant la constitution de la société, la banque devait toujours être en état de faire la preuve que ses disponibilités lui auraient permis d'effectuer la remise totale des versements si cela eût été nécessaire dès le jour de la régularisation de l'augmentation de capital par le vote de l'assemblée générale.

Les souscripteurs pourront-ils, comme sous l'empire de la loi de 1867, se libérer au moyen de fonds empruntés ? Il semble que rien n'a été changé à ce sujet par la nouvelle loi, pourvu que l'emprunt effectué ait été réel et sérieux² et qu'il n'ait pas été fait à une personne notoirement insolvable. En particulier, il a été décidé par la Cour de Paris (31 janvier 1936. *Gaz. P.* 1936-1-541) que le gérant d'un syndicat d'émissions avait pu valablement libérer les actions par lui souscrites au moyen des fonds qui lui avaient été remis par les membres dudit syndicat en vue du placement

1. Copper-Royer, t. I, n° 62, et en ce sens Cass. req., 19 mars 1894, *D. P.*, 1894-1-405.

2. Seine, 17 décembre 1926, précité. Lyon, 6 mars 1912, *D. P.*, 1915-2-25 et note de Wahl.

des actions de la société dans le public ; l'arrêt ajoute que les syndicataires auraient pu poursuivre la résiliation du syndicat parce que le gérant n'a pas agi au mieux de leurs intérêts, mais non la nullité de la société pour avoir employé les fonds fournis par eux à libérer les actions qu'il avait souscrites personnellement ¹.

De même, on devait admettre qu'un tiers pouvait toujours opérer le versement en l'acquit du souscripteur, sauf le cas de fraude ². Outre que cela est conforme au droit commun (art. 1236, al. 1^{er} du Code civ.), il n'y a ici aucune violation du principe de la souscription intégrale ou du nombre minimum d'actionnaires, car le véritable souscripteur reste débiteur envers la société des versements complémentaires. D'ailleurs il faut observer que le fait qu'un actionnaire ne puisse pas immédiatement libérer ses actions ne doit pas faire présumer son insolvabilité, des transactions commerciales ayant lieu quelquefois avec des disponibilités en espèces très réduites ; et il a été jugé que le versement pour le compte du souscripteur pouvait être effectué même par un des fondateurs ³, dans le cas où celui-ci était précisément créancier de l'actionnaire, à condition toutefois que les espèces correspondant à cette souscription existent bien réellement dans la caisse dudit fondateur ⁴.

Les modes de versements qui n'étaient pas considérés comme emportant libération véritable, tant sous l'empire de la loi de 1867 que sous celui de la loi du 1^{er} août 1893, ne mettaient pas obstacle à ce que l'apport du souscripteur puisse être effectué sous forme d'apport en nature (il en sera ainsi par exemple dans le cas de remises de valeurs

1. Paris, 31 janvier 1936, *G. Pal.*, 1936-1-541. *Cass. crim.*, 4 mai 1933. *G. Pal.*, 1933-2-344.

2. Thaller et Pic, n° 911. *Cass.*, 20 mars 1888, *S.*, 1891-1-12 ; *contra* Chambéry, *J. soc.*, 1881-413.

3. Seine, 8 juin 1891, *J. soc.*, 1891, p. 450. Paris, 14 avril 1892, *J. soc.*, 1892, p. 356.

4. Paris, 14 avril 1892, *D. P.*, 1892-2-347.

mobilières ou de créances quelconques telles que des coupons, échus ou non, des factures de travaux exécutés, de fournitures faites pour le compte de la société).

Enfin, la nullité de la société résultant d'un versement fictif pouvait être couverte par un nouveau versement valable cette fois-ci, pourvu qu'il ait été fait avant l'introduction de la demande (art. 3 de la loi de 1893), ou même, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 postérieurement à cette demande, le juge ayant désormais la faculté d'accorder aux administrateurs un délai pour réparer la cause de nullité.

Troisième période.

Décret-loi du 31 août 1937. — Quels sont les changements apportés aux modes de versements que nous avons examinés plus haut, par le décret-loi du 31 août 1937 ? Celui-ci prescrit que les fonds devront être à l'avenir déposés soit chez un notaire, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Mais il n'a entendu rien changer à la question du mode de versement, par conséquent tous les modes reconnus valables et libératoires après la loi de 1893 doivent toujours être admis, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec les règles particulières au notariat ou au règlement intérieur de la Caisse des Dépôts et Consignations.

C'est ainsi qu'il sera toujours loisible aux souscripteurs de se libérer au moyen de fonds empruntés ou de faire opérer le versement par un tiers en leur acquit.

Spécialement le paiement par compensation est formellement consacré par l'alinéa 10 de l'article 1^{er} de la loi de 1867 nouveau, qui indique qu'en cas d'augmentation de capital le gérant ou les administrateurs devront indiquer dans la déclaration notariée la part de la souscription réalisée par voie de transformation de créances en actions.

Mais le texte est muet sur la question de la transformation des réserves ou des parts de fondateurs en actions; cependant, par analogie avec la solution admise par le

décret sur la possibilité de transformer une partie du passif en actions, il n'y a aucun doute que la même solution doive être admise ici également.

Et on doit même décider, dans le silence du décret, que le gérant devra expressément indiquer cette transformation dans la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart ; il faut noter d'ailleurs que les fraudes qu'il pouvait y avoir relativement à la transformation des créances en actions (créances imaginaires ou ne répondant pas aux conditions requises) ne se produiront généralement pas ici, le montant des réserves pouvant être facilement vérifié par les souscripteurs ou par les tiers au moyen des procès-verbaux des assemblées générales ordinaires, et, pour ce qui concerne les parts de fondateurs, il leur suffira de se reporter au texte des statuts qui les mentionnent expressément.

La possibilité d'opérer le versement au moyen de virements banque est-il toujours possible ? Certains auteurs ¹ estiment que cette pratique serait désormais en contradiction avec la lettre du décret qui veut que les fonds provenant des souscriptions soient déposés matériellement dans la caisse du notaire. Pour nous, on doit faire ici une distinction ; il est évident qu'un virement dans une banque sera maintenant impossible au cas où le versement sera fait directement par chaque souscripteur chez le dépositaire légal sauf dans l'hypothèse où celui-ci aurait un compte courant dans le même établissement de crédit que le souscripteur : le virement équivaut en effet à un versement en espèces, et d'autre part, le décret de 1937 n'interdisant pas au notaire de verser les fonds à lui déposés à son compte dans une banque plutôt que de les garder chez lui ². Mais en dehors de ce cas, le versement direct chez le notaire exclut la possibilité d'une libération par passation d'écritures chez un banquier. Et bien entendu, la même solution doit être admise à fortiori dans le cas

1. Ripert, cours 1936-1937, p. 653. Percerou, cours 1937-1938, p. 432.

2. Bosvieux, *J. soc.*, 1938, p. 19.

où la Caisse des dépôts et consignations aurait été choisie comme lieu de versement ; car le règlement de celle-ci lui interdit de recevoir des dépôts autrement qu'en espèces.

Mais nous verrons plus loin ¹ que les fondateurs ont la faculté de garder les fonds par devers eux jusqu'au jour de la déclaration notariée et qu'ils pourront n'effectuer le dépôt légalement qu'à ce moment. Le virement sera donc toujours possible jusque là, mais les nombreuses fraudes auxquelles il donnait lieu auparavant seront cependant impossibles à notre avis, puisque de toute façon le compte courant du fondateur devra, au plus tard avant la déclaration notariée, faire apparaître au profit de celui-ci un solde créditeur au moins égal au quart des actions souscrites ; en effet, le décret prescrit que le fondateur devra remettre les fonds au dépositaire légal avec une liste des souscriptions et un état détaillé des versements ; le notaire ou la Caisse des dépôts et consignations lui délivrera alors un reçu (art. 1^{er}, al. 4) de la somme remise, reçu qui devra être produit au notaire chargé de recevoir la déclaration (al. 9) ; c'est ici précisément que la fraude sera démasquée, car le notaire s'apercevra aussitôt que le reçu délivré par le dépositaire ne concorde pas soit avec les bulletins de souscription (al. 9), soit avec le montant du capital social tel qu'il est indiqué dans l'exemplaire de l'acte de société qu'on doit lui remettre obligatoirement (al. 10).

Section III. — Qui doit faire le versement et à quelle époque ?

On sait que l'article 1^{er} de la loi de 1867 exige non seulement que le versement soit effectué par chaque actionnaire personnellement, mais que le quart soit versé sur chaque action individuellement ².

Ainsi, il sera impossible à un actionnaire de libérer

1. P. 160 et ss.

2. Cass. crim., 19 mai 1926, *J. soc.*, 1928, p. 280 sur l'application de l'article 13 de la loi de 1867 à ce cas.

entièrement une de ses actions (pour la mettre au porteur et la négocier plus rapidement) et en profiter pour ne rien verser sur les autres titres souscrits.

Il sera aisé au notaire au moment de la déclaration de souscription et de versement, surtout depuis le décret, de vérifier, grâce aux listes et état y annexés, si le versement a bien été fait par chaque actionnaire ; mais comment pourra-t-il voir qu'il a été effectué sur chaque action ?

L'obligation du versement par chaque souscripteur n'empêche d'ailleurs pas la libération par un tiers ou par voie d'emprunt ; c'est l'application d'un principe de droit commun et, de plus, conforme à la loi de 1867 elle-même puisque le souscripteur restera tenu personnellement de la libération des trois autres quarts.

Les fondateurs pourraient avoir des difficultés au cas où un souscripteur refuserait de se libérer de sa dette avant la constitution de la société. C'est pourquoi, en pratique, il sera bon d'exiger le versement au moment même de la souscription, solution qui aura en outre l'avantage d'éviter les difficultés de restitution des fonds versés au cas où les fondateurs ne pourraient parvenir à la constitution définitive.

En tous cas, en principe, une simple sommation ¹ à un actionnaire récalcitrant ne suffirait pas pour que la société puisse considérer son engagement comme résolu ; il faudrait aller en justice pour invoquer l'article 1184 du Code civil, à partir du moment où les obligations du souscripteur sont devenues exigibles (jour de la constitution) et même pour nous, à partir du jour de la souscription intégrale : le lien de droit qui s'est alors formé et qui oblige les fondateurs à constituer la société devant aussi contraindre les actionnaires à faire tous leurs efforts pour parvenir à la constitution, et en particulier à libérer leurs actions, obligation qui serait devenue exigible par le fait même de la formation du contrat de société.

1. Lyon-Caen et Amiaud, n° 697. Houpin et Bosvieux, n° 674. Arthuys, n° 334. Gain, n° 228.

§ 1. — A QUEL MOMENT LE VERSEMENT DU QUART
DOIT-IL ÊTRE EFFECTUÉ ?

Nous avons dit que le plus sûr pour la société était de l'exiger au moment même de la souscription, et c'est ce qui se produit la plupart du temps dans la pratique. Cependant, on peut aussi imaginer un système dans lequel le souscripteur devrait se libérer dans un délai minimum fixé par les statuts (ordinairement huit jours), faute de quoi le contrat le liant à la société serait résolu de plein droit ¹.

Très souvent aussi, les fondateurs se contentent de demander un acompte à la souscription, le surplus devant alors être versé au moment de la répartition définitive des titres souscrits : solution avantageuse avant le décret car elle procurait des ressources immédiates avant la constitution, mais qui ne présente plus aucun intérêt depuis que les fondateurs ne peuvent plus, comme nous le verrons page 176, utiliser les fonds avant la constitution définitive ; d'autre part, elle évite toujours l'inconvénient de la restitution de trop grosses sommes, restitution la plupart du temps inévitable au moment de la répartition, lorsque, comme cela arrive le plus souvent, les souscriptions recueillies dépassent le chiffre du capital social primitivement annoncé ; enfin, nous avons vu que ce n'est qu'au moment de la répartition des titres que se produit l'acceptation définitive des fondateurs (p. 34).

Mais tout cela n'était qu'une pratique ordinairement suivie ; juridiquement parlant à quel moment au plus tard le versement pouvait-il avoir lieu ? Avant la loi de 1893, on admettait couramment que le versement pouvait être fait postérieurement à la déclaration notariée, mais avant la réunion de l'assemblée générale constitutive appelée à en vérifier la sincérité ². On considérait en effet que le droit de contrôle appartenant à cette assemblée compor-

1. Thaller et Pic, n° 902.

2. Houpin et Bosvieux, n° 672.

tait le pouvoir d'approuver les irrégularités contenues dans la déclaration et de réparer la cause de nullité en découlant ¹. On a allégué par ailleurs que le texte même de l'article 1^{er} de la loi de 1867 était en ce sens : la société étant constituée par la souscription intégrale et le versement du quart, et cette constitution se produisant définitivement par l'acceptation de leurs fonctions des premiers organes sociaux (gérant, administrateurs et commissaires aux apports ou conseil de surveillance ²).

Certains auteurs même, d'accord avec certaines décisions, affirmaient que le versement pouvait avoir lieu même après l'assemblée constitutive et jusqu'à la constitution de la société ³; outre l'argument exposé ci-dessus ils faisaient valoir que cette pratique était en fait excellente, car en considérant la constitution définitive comme partant de la déclaration notariée on était amené nécessairement à décider que celle-ci devait être refaite pour la moindre irrégularité dans le versement; solution fâcheuse car, comme l'a dit le rapporteur de la loi de 1867, « le législateur a préféré prévenir les nullités et les réparer que de les rendre inévitables ⁴ ». Dans ce système, en cas d'irrégularité, il suffira donc de rectifier matériellement la déclaration s'il y a lieu sans être obligé de la recommencer.

Et la loi de 1893 a encore facilité, dans son article 3, la possibilité d'un versement tardif puisqu'elle permet au souscripteur de l'effectuer même après la constitution définitive de la société, pourvu que l'irrégularité ait été couverte avant l'introduction de toute demande en nullité soit de la part d'un autre souscripteur, soit de celle des créanciers sociaux ⁵.

1. Lyon, 11 août 1882, *D. P.*, 1883-2-121. Lyon, 14 juin 1895, *S.*, 1896-2-213.

2. Note sous l'arrêt précité (11 août 1882).

3. Boistel, n° 250, Ruben de Cauder, t. VI « Société en commandite », n° 96 *bis*.

4. Rapport de Mathieu, rapporteur de la loi de 1867, sous Lyon, 11 août 1882, précité.

5. Pic, n° 902.

Cette faculté accordée aux actionnaires (encore accentuée par les dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935 complétant en cela l'article 8 de la loi de 1893) était assurément néfaste pour les sociétés qui se fondent et qui pouvaient se trouver de ce fait sans aucune ressource le jour de leur constitution.

Aussi, le décret-loi du 31 août 1937 a-t-il sagement mis un terme à cette doctrine et à cette jurisprudence trop bienveillantes. Il a d'ailleurs résolu la question d'une façon indirecte.

En effet, il décide d'une part que le versement doit avoir lieu chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations (al. 6 de l'art. 1^{er} nouveau), et d'autre part, dans son alinéa 11, il oblige le fondateur (ou les administrateurs) à présenter un reçu du dépositaire au notaire chargé de recevoir la déclaration de souscription et de versement ; or, pour pouvoir présenter ce reçu le jour de la déclaration notariée, il sera évidemment nécessaire que le dépôt des fonds, conformément au décret, ait été effectué au plus tard avant cette déclaration¹, et, par conséquent, qu'à ce moment le fondateur se soit déjà fait remettre par chaque souscripteur le quart au moins du montant de sa souscription.

En cela, le décret est revenu au système qui est au fond le seul rationnel², puisque le législateur, en exigeant l'attestation de la part des fondateurs que toutes les prescriptions par lui exigées ont bien été faites, a voulu de toute évidence que ces prescriptions, et en particulier le versement du quart sur chaque action souscrite, soient toutes accomplies avant la déclaration authentique qui les constate.

1. En ce sens, Solus, p. 27, note 1.

2. Rousseau, n° 424. Houpin et Bosvieux, n° 672. D'ailleurs pour les commandites, le moment de la constitution se confond avec celui de la déclaration notariée.

Section IV. — Preuve du versement des souscriptions.

Le bulletin de souscription, dont nous avons étudié par ailleurs les dispositions, ne fait bien entendu preuve que du contrat de souscription lui-même. Et en dehors du cas où le versement du quart a lieu, en vertu d'une clause statutaire, au moment même et comme condition de la remise au souscripteur d'un exemplaire du bulletin, il faut décider que la preuve de la libération des actionnaires se fera, comme avant le décret, par tous moyens ¹.

Et nous verrons que même depuis le 31 août 1937 l'affirmation du notaire lors de la déclaration de souscription et de versement sera elle-même impuissante à faire preuve du versement, le notaire n'ayant dans certains cas aucun moyen de s'assurer de sa réalité.

Si la preuve de la sincérité du versement pourra se faire du côté de l'actionnaire, comme antérieurement au décret, soit par le reçu qu'on lui a délivré, soit par tous les moyens de preuve admis en matière commerciale (art. 109 du Code de commerce), par contre, il faut décider que, depuis le décret de 1937, les fondateurs ou administrateurs poursuivis du chef de l'article 13 ou en vertu du délit de fausse affirmation dans la déclaration notariée (art. 15 complété par le décret du 30 octobre 1935) n'auront plus qu'un seul moyen de preuve à leur disposition : la production du reçu délivré par le dépositaire légal lors du dépôt de fonds. En effet, nous verrons que cette affirmation du notaire ou de la Caisse des dépôts et consignations ne peut être suspectée, faisant foi jusqu'à inscription de faux.

1. Thaller et Pic, n° 909. Gain, n° 228. Copper-Royer, t. I, n° 60. Douai, 23 juin 1905 sous Req., 31 décembre 1906, *Rec. S.*, 1909-1-137 et note de Wahl.

CHAPITRE II

SORT DES FONDS VERSÉS

Section I. — Versement des fonds provenant des souscriptions (loi de 1867 art. 1^{er}, alinéa 6 nouveau).

§ 1.

La loi de 1867 elle-même, qui n'avait prévu aucun mode de versement spécial, avait également omis de prévoir un lieu obligatoire pour le dépôt des fonds.

Et c'est à l'abri de cette trop grande liberté que non seulement les fonds pouvaient être versés soit dans une banque au nom d'un des fondateurs ou au nom de la société en formation, mais que toute latitude était laissée au fondateur dans le choix de la banque ; il pouvait même indiquer dans les statuts que les fonds seraient déposés chez toute personne de leur choix ¹, fondateur ou non, comme par exemple un notaire ², un agent de change.

La pratique n'avait pas tardé à révéler les inconvénients de cette lacune. C'est ainsi que les fondateurs, en cas de souscription inférieure au chiffre du capital annoncé, n'hésitaient pas à louer chez un banquier les sommes nécessaires pour parfaire le chiffre qu'ils avaient indiqué dans les statuts (moyennant, bien entendu, une commission qui allait quelquefois jusqu'à 20 p. 100 ³). On assistait, d'autre part, à tous les modes de versement fictifs possibles, tels que jeux

1. Houpin et Bosvieux, n° 671. Lyon-Caen, Renault, n° 701.

2. Lyon, 25 avril 1885, *J. S.*, 1886-376.

3. Léouzon-Leduc, *La Réforme des Sociétés*, p. 252.

d'écritures sur les livres de la société ou des banques ¹, versements par compensation par le moyen de créances imaginaires, etc. Dans de nombreux cas, les agissements des fondateurs véreux étaient facilités par la complicité d'un banquier faisant la plupart du temps partie du syndicat d'émission chargé de lancer l'émission.

Il est d'ailleurs juste de noter que devant cet état de choses, des réactions s'étaient produites. En particulier, le notaire chargé de rédiger la déclaration notariée exigeait, depuis 1904, qu'on lui montre les deniers du premier versement ou un reçu équivalent ². Mais, aucune prescription légale ne lui imposait cette obligation et certains ont même soutenu que par là, le notaire sortait du rôle à lui attribué par la loi de 1867 ³. Et cette lacune était d'autant plus regrettable qu'elle contrastait avec certaines législations des pays voisins (Code italien, Code allemand, Code roumain code portugais).

Aussi une réforme était-elle unanimement souhaitée en doctrine (proposition de M. Colin, en 1910, proposant le dépôt dans un établissement public au nom de chaque souscripteur individuellement ⁴; rapport de M. Chastenot à la Chambre en 1906 ⁵; dépôt dans un établissement public avec reçu déposé au greffe du Tribunal de Commerce avec la déclaration notariée).

Sur le terrain législatif également ⁶; le projet de 1903 ⁷ réclamait le dépôt des fonds à la Banque de France, à la Caisse des dépôts et consignations et au Crédit Foncier : système évidemment avantageux en raison de la solidité de ces établissements, mais qui n'aurait pas empêché les

1. Bosvieux, *J. soc.*, 1938, p. 14.

2. Seine, *J. soc.*, 1911-373.

3. Deyzac, *J. N.*, 1937-578.

4. *Annales de Dr. com.*, 1911, et critique de M. Juliot de la Morandière, p. 380.

5. *France Judiciaire*, 1907, 1^{re} partie, p. 201.

6. Projet sénatorial de 1884, *J. S.*, 1886-393.

7. *J. S.*, 1903-173 et renvois. *Revue des S.*, 1903-391. Mourét, *Rev. de l'Acad. de Toulouse*, p. 314 et suiv.

versements par virements, source des principaux abus antérieurs. Dans l'ordre chronologique, on note aussi un projet de la Ligue sur les réformes des sociétés de 1931¹, prescrivant le dépôt soit dans une banque, soit chez un notaire ou chez un agent de change, au choix des fondateurs, les dépositaires donnant reçu de ces fonds pour le compte de la société en formation.

Plus près de nous, le projet du 17 octobre 1933 (annexe 2416), décidait le dépôt au nom du notaire choisi pour la déclaration notariée dans un établissement de dépôt des deniers des officiers publics, mais permettait d'autre part de l'effectuer dans une banque quelconque jusqu'à la constitution définitive, ce qui supprimait la garantie donnée par la disposition ci-dessus. Également, les propositions n° 3684 et 482 avaient choisi comme lieu de dépôt soit la Caisse des dépôts et consignations, soit le notaire dépositaire des statuts, dépôt effectué au nom de la société en formation.

Et c'est de ces derniers travaux législatifs que s'est surtout inspiré le décret du 31 août, à l'étude duquel nous arrivons maintenant.

§ 2. — CHEZ QUI S'EFFECTUERA LE DÉPÔT ?

Il pourra avoir lieu désormais chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations.

1° *A la Caisse des dépôts et consignations.* — C'est un choix malheureux ; le règlement de cette Caisse est, comme nous le verrons, formaliste², et il aboutit à immobiliser inutilement des sommes importantes³ (ainsi qu'on l'a fait observer lors de la discussion au Sénat en 1934⁴). On a oublié que cet établissement était surtout fait pour recevoir des sommes litigieuses, et qu'on le faisait sortir de

1. *Rev. des S.*, 1931, p. 163.

2. Bosvieux, *J. S.*, 1938-15.

3. Percerou, *Réforme du Droit de S.*, 1894, p. 4. Ripert, *Cours de 1937*, 1938-654.

4. Sénat, 20 février 1934.

son rôle en déposant dans ses caisses des fonds de nature commerciale, qui sont appelés comme nous le verrons à une assez grande mobilité.

2^o *Chez un notaire.* — C'est la solution qui sera toujours choisie en pratique ¹. Il faut d'ailleurs constater qu'il s'agit d'un notaire quelconque ¹, il ne s'agit donc pas de celui qui aura rédigé les statuts, comme le prescrivait la proposition 482, ni de celui chez qui se fera plus tard la déclaration notariée, comme dans le projet 2416 : cette dispersion est regrettable, d'abord au point de vue d'un renforcement du contrôle et aussi parce que, lors de la déclaration de souscription et de versement, le notaire ayant déjà les fonds n'aurait pas eu besoin de demander à son confrère un certificat attestant leur dépôt ; sans parler de l'avantage présenté par ce fait que le notaire connaîtrait déjà le pedigree de la nouvelle société par le texte des statuts déposés au rang de ses minutes, ou qu'il aurait peut-être même rédigés personnellement.

En tous cas le notaire choisi comme dépositaire par les fondateurs devra être désigné dans le bulletin de souscription et dans l'exemplaire laissé aux mains du souscripteur ; celui-ci saura donc chez qui il devra verser.

Par ailleurs, le dépôt devra avoir lieu non plus comme par le passé au nom d'un des fondateurs personnellement, mais au nom de la société en formation ; cette prescription pourrait sembler incompatible avec la solution que nous avons admise sur la personnalité morale de la société avant sa constitution définitive : on se rappelle, en effet, que nous étions hostiles à l'admission de toute existence, même seulement entre associés, de la société pendant la période constitutive. Cependant, on peut considérer que le décret-loi a entendu créer dans ce cas particulier une fiction légale en vertu de laquelle les fonds déposés sont affectés aux besoins de la future société même avant l'existence de celle-ci.

1. Bosvieux, *op. cit.*, 14. Dans la pratique on choisira le même notaire pour toutes les formalités constitutives. Solus, *La Réforme du Droit des S.*, n^o 21.

Le décret prescrit en outre que les fondateurs devront remettre au dépositaire une liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. Cette disposition a pour but d'éviter les souscriptions fictives et tout au moins d'assurer la réalité des versements. Mais comment s'assurer que les sommes déposées n'ont pas été complétées en cas de besoin au moyen d'argent loué ? En tout cas la remise de ces pièces pourra se faire de deux façons : remise soit de liste-état partiels au fur et à mesure des versements ¹, soit d'une liste et d'un état définitif après la clôture de l'émission ².

Par ailleurs, le dépositaire devra remettre aux fondateurs un reçu des fonds encaissés, reçu qu'il fera bien de ne délivrer qu'une fois les sommes réellement à sa disposition (cas de versement par chèque).

Ces pièces serviront au dépositaire à pouvoir opérer un remboursement en connaissance de cause au cas où certaines souscriptions seraient réductibles ou annulables.

Il eut été bon d'indiquer que ces pièces pourraient être déposées sur papier libre.

§ 3. — DE QUELLE MANIÈRE ET A QUELLE DATE S'EFFECTUERA LE DÉPÔT ?

De certains passages de l'alinéa 6 de l'article 1^{er} (les fonds provenant des souscriptions sont *déposés avec la liste des souscripteurs...*) il résulte que le décret a nettement distingué le versement du dépôt, et qu'il semble avoir admis que ce dernier pourra n'être effectué qu'après que toutes les souscriptions auront été entièrement recueillies ³.

Par conséquent, le versement pourra être fait, soit direc-

1. Bosvieux, p. 16.

2. Bosvieux, p. 17.

3. Bosvieux, p. 6. Charron, *Rec. Gal. des lois, décrets et arrêtés*, 1938-208. Solus, n° 21 *in fine*. Copper-Royer, *Rev. Sp. des S.*, p. 700. Contra, Alexandroff, p. 47 et ss.

tement chez le dépositaire légal, soit comme antérieurement, par le souscripteur aux mains du fondateur.

1^e *Versement direct chez le dépositaire légal.* — L'indication devra en être donnée dans le bulletin de souscription.

Au cas où la Caisse des dépôts et consignations aurait été choisie, on devra appliquer les formalités prévues pour les dépôts volontaires des particuliers (art. 7 de la loi du 18 janvier 1805) par conséquent, faisant d'autre part application d'une ordonnance du 3 juillet 1816, article 2, on devrait décider que les dépôts de fonds provenant des souscriptions ne pourraient, à cause de l'impossibilité d'exercer un contrôle sérieux en province, être reçus qu'à Paris au siège de l'Administration centrale. Une telle solution nous paraît bien sévère, il nous semble que les Trésoriers-payeurs généraux tout au moins présentent une garantie suffisante et que le dépôt pourra également avoir lieu entre leurs mains.

Le versement devra donner lieu (loi du 24 avril 1833, art. 1 et 7), à la délivrance d'un récépissé à talon qui ne sera libératoire et ne formera titre avec la caisse qu'autant que la partie versante l'aura fait viser et séparer de son talon, à Paris immédiatement et en province dans les vingt-quatre heures.

Dans le cas où, au contraire, les fonds devront être déposés chez un notaire, c'est alors les dispositions du décret du 30 janvier 1890 relatif aux recettes et dépenses de toute nature effectuées par le notaire pour le compte de ses clients qui devront recevoir application ¹.

Par conséquent, d'une part, les versements devront être indiqués sur le livre-journal de l'étude par ordre chronologique ; sur le registre d'étude ou de frais d'actes, portant recettes et dépenses au nom de chaque client ; et enfin, sur le grand livre du notaire, qui doit contenir le compte de chaque client par le relevé de toutes les dépenses et recettes effectuées pour lui.

1. Pour Bosvieux, p. 19, le notaire doit avoir un compte spécial au nom de la société en formation.

D'autre part, et en vertu d'un décret du 22 octobre 1910 complétant l'article 3 du décret du 30 janvier précité, le notaire sera tenu pour toutes les sommes par lui encaissées, de donner un reçu extrait d'un carnet à souches ; carnet portant imprimés au talon et au reçu des numéros d'ordre, coté et paraphé par le président du Tribunal et délivré par les soins de la Chambre des notaires. Ces reçus devront mentionner également la date de la recette, les nom et demeure de la partie versante, la cause de l'encaissement et la destination des fonds.

Les avantages présentés par le dépôt chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations, tels que nous les avons analysés, sont certains ; les sommes versées par les souscripteurs étant ainsi soustraites aux risques de faillite des fondateurs, gérant ou administrateurs, ainsi qu'à ceux d'une saisie par leurs créanciers¹, et surtout à la possibilité pour les fondateurs ou administrateurs d'en faire avant la constitution ou la régularisation de l'augmentation de capital un emploi qui, sans être frauduleux, serait néanmoins hasardeux et sans grande utilité pour la société.

Mais il ne faut pas se dissimuler les nombreux inconvénients qui pourront en découler ; outre que cette mesure imposera une lourde charge aux dépositaires légaux, et surtout au notaire, du fait de la réception successive de nombreux versements partiels², des remboursements seront d'autre part généralement nécessaires par suite de la réduction de certaines souscriptions ou de leur nullité³, en particulier dans les sociétés anonymes d'une certaine importance.

Le versement fait directement chez le dépositaire nécessitera d'autre part un avis conforme du fondateur à celui-ci, pour qu'il puisse encaisser⁴ ; on a objecté également que le dépositaire ignorera le plus souvent la signature ou le bulletin de souscription⁴ : mais le souscripteur fera facile-

1. Solus, n° 20 et 21.

2. Bosvieux, p. 18.

3. Bosvieux, p. 18.

4. Charron, p. 208 *in fine*.

ment preuve de son engagement en produisant l'exemplaire en sa possession.

Quel sera le rôle respectif du fondateur et du dépositaire ? Le fondateur aura pour mission de recevoir les bulletins et de les vérifier, d'éliminer et remplacer les souscriptions irrégulières ou réductibles ; il dressera ensuite soit des listes et états de versement partiels et successifs, soit une liste et un état uniques après la clôture de l'émission.

Quant au dépositaire, son rôle se bornera à recevoir les fonds au fur et à mesure ou en une seule fois selon le cas, mais il devra refuser la réception des bulletins eux-mêmes, afin de ne pas être responsable ni de l'identité, ni de la capacité des souscripteurs ¹.

2° Versement par le souscripteur aux mains du fondateur.

En effet, même depuis le décret, le fondateur doit être libre de n'accepter les souscriptions que contre remise des fonds ².

Il pourra alors remettre les sommes à lui versées au dépositaire légal au fur et à mesure de leur réception, et remettre en même temps les listes et états partiels correspondants, ou une seule liste et un seul état à la fin de l'émission ³.

Cette pratique permettra le remboursement facile et immédiat de toute souscription réductible ou sujette à nullité.

A ce sujet, il faut observer que la répartition n'ayant lieu qu'une fois la souscription close, le remboursement des souscriptions réductibles se fera :

a) Par le fondateur s'il a gardé les fonds jusque là ou les a déposés dans une banque à son nom ; il devra alors annuler en même temps les bulletins correspondants.

b) Par le dépositaire légal si le fondateur lui a remis les

1. Bosvieux, p. 19 : Pour cet auteur, le dépositaire, sauf en cas de versement direct par chaque actionnaire, pourra se contenter de passer des écritures constatant l'encaissement global sans mentionner les noms de chacun d'eux et les sommes versées.

2. Charron, p. 208.

3. Charron, p. 209.

fonds au fur et à mesure qu'il recevait les engagements des actionnaires ; il ne pourra alors opérer le remboursement que sur l'ordre du fondateur qui annulera les bulletins comme tout à l'heure, le dépositaire de son côté devant rayer le nom du souscripteur évincé sur la liste des versements.

Dans le cas de nullité d'une souscription, la solution sera identique. Mais qui sera juge de la question de savoir si un engagement est sujet à une cause de nullité quelconque ? Ce sera plutôt le fondateur que le dépositaire, qui au point de vue du versement n'a qu'un rôle passif ; cependant le notaire qui remarquerait qu'une souscription est annulable fera bien de prévenir le fondateur, pour éviter toute responsabilité à ce sujet.

Mais il pourra se faire que des fondateurs négligents ou peu scrupuleux gardent les fonds ou les déposent dans une banque à leur nom (ce qui revient au même) en attendant que le capital social soit entièrement souscrit. Nous avons expliqué plus haut qu'en dépit du nouveau décret la possibilité de cette pratique devait toujours être admise.

Et c'est là, à notre avis, le vice du système, puisque les fonds, comme par le passé, seront toujours soumis aux mêmes risques de faillite soit du gérant, soit de la banque où il avait un compte courant, les souscripteurs n'étant alors admis, comme tout créancier, à produire à la faillite que pour un dividende ¹. Les actionnaires seront obligés de continuer, dans cette hypothèse, à faire confiance aux fondateurs, et le décret sur ce point restera lettre morte.

C'est qu'en effet, le législateur n'a fixé aucun délai maximum dans lequel les fonds devront être déposés chez le notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations. Nous avons expliqué plus haut (p. 151) comment, par combinaison des alinéas 6 et 11 du décret, les fonds pouvaient rester entre les mains des fondateurs au plus tard jusqu'à la veille de la déclaration notariée ². C'est cette lacune qui permet-

1. Solus, n° 20.

2. Solus, p. 27, note 1.

tra comme avant, tous les abus et tous les dangers présentés par l'immobilisation des sommes versées dans la caisse des promoteurs de la société (faillites, saisies, détournements possibles, voire même abus de confiance caractérisé).

§ 4. — QUESTION DES RISQUES COURUS PAR LES FONDS VERSÉS

A ce propos, au cas où les fonds versés disparaissent avant la constitution de la société, à qui doit incomber la perte ? (Il s'agit en effet ici d'un dépôt irrégulier, dont le déposant devient propriétaire, ce qui explique qu'en cas de faillite, les souscripteurs devenus simples créanciers, ne pourront plus produire que pour un dividende) ?

Les partisans de la personnalité morale intérieure de la société ont soutenu, d'accord avec eux-mêmes, que la perte devait incomber à la société, en vertu de l'adage, « *res perit domino* »¹.

Pour nous, qui avons rejeté toute l'existence de la société avant sa constitution définitive, la perte ne peut incomber qu'aux souscripteurs eux-mêmes qui restent, jusqu'à ce moment, propriétaires de leur mise². Toutefois, la perte serait pour la société dans le cas où l'insolvabilité du dépositaire n'aurait lieu qu'après la constitution.

Ceci posé, examinons quelle était la solution admise généralement à ce sujet avant le décret, et en quoi celui-ci a pu y apporter une modification.

1^o *Avant le décret*. — Les souscripteurs avaient la possibilité de verser dans une banque au nom de la société en formation³; mais on sait que cette modalité n'est plus

1. Thaller et Pic, t. I, n° 910 : Pour ces auteurs, les souscripteurs ne pourront en aucun cas être obligés de payer deux fois. Lyon-Caen et Renault, t. II, 2^e partie, n° 701 *bis*.

2. Houpin et Bosvieux, n° 675. Lacour et Bouteron, *Traité des S.*, n° 435. Arthuys, n° 525.

3. Sur les inconvénients de cette pratique, voir Houpin et Bosvieux, n° 671.

possible qu'en cas de dépôt chez le dépositaire légal. Mais qu'arrivait-il au cas où le versement ayant été effectué par le fondateur dans une banque à son nom ou au nom de la société, en cas de faillite soit du banquier, soit du fondateur lui-même ? Comme nous l'avons indiqué précédemment, les souscripteurs en étaient réduits à produire pour un dividende, et ils ne pouvaient même intenter une action en responsabilité contre le fondateur, qu'au cas où ils pouvaient lui reprocher une faute déterminée dans le choix de l'établissement de crédit à qui il avait accordé sa confiance¹, action qui n'était même plus possible lorsqu'il résultait des faits de la cause, que les souscripteurs lésés avaient eux-mêmes collaboré avec le fondateur dans l'accomplissement des démarches faites en vue de la constitution, et en particulier dans le choix de la banque indiquée comme devant recevoir les fonds (Clermont-Ferrand, 11 juin 1926²).

Par contre, en cas de faute prouvée, les fondateurs étaient déclarés solidairement responsables du préjudice causé à la fois en vertu de l'article 1927 du Code civil et de l'article 42 de la loi de 1867, solution parfaitement juridique d'ailleurs puisque, d'après une jurisprudence que nous avons analysée dans notre introduction, tous ceux qui ont collaboré à la rédaction des statuts sont considérés comme étant des fondateurs par ce fait même, et que, d'autre part, par cette participation il leur était facile de connaître soit l'insolvabilité prochaine de l'un des fondateurs, soit celle de l'établissement indiqué dans l'acte de société comme dépositaire des fonds. Bien entendu, il pouvait avoir lieu à application des peines de l'escroquerie, en cas de manœuvres frauduleuses caractérisées.

2° *Après le décret.* — Il y a lieu de distinguer ici aussi, selon que les fonds ont été versés directement chez le dépositaire légal, ou sont au contraire restés entre les mains des fondateurs.

1. Seine, 22 février 1900, *J. S.*, 1900-315.

2. *Rev. des S.*, 1927-20.

Dans le cas de dépôt direct à la Caisse des dépôts et consignations, les souscripteurs jouiront maintenant d'une sécurité absolue puisque, en dehors de la question de faillite qui ne se pose évidemment pas, aucune saisie-arrière d'autre part ne sera possible de la part d'un créancier, d'un souscripteur, puisque les fonds sont déposés au nom de la future société, et que celle-ci ne peut avoir de dette avant sa constitution ; il est vrai que le même raisonnement ne vaut plus dans le cas d'une augmentation de capital ; il semble cependant que les fonds versés en représentation de cette augmentation doivent être considérés comme indisponibles, tout au moins tant que les créanciers pourront saisir les autres créances de la société pour se satisfaire.

Quant au cas où les sommes auront été déposées chez un notaire, on doit appliquer les mêmes principes. Cependant, il y a ici un fait nouveau, quoique assez rare en pratique, nous voulons parler de l'insolvabilité du notaire ou du détournement de fonds par celui-ci. Il y a plusieurs hypothèses possibles : si le notaire insolvable avait conservé les fonds dans sa caisse, les souscripteurs bénéficieraient de la garantie collective créée en prévision de ce cas ¹, par la loi du 25 janvier 1934 complétée par le décret pris en application du 12 juillet 1934.

Contrairement à l'opinion de certains auteurs, nous pensons en effet que la garantie ainsi créée doit recevoir application au cas d'un dépôt chez un notaire de fonds provenant des souscriptions des actions d'une société. La loi du 25 janvier dit en effet ² : « le remboursement de tous dépôts reçus par les notaires à raison de leurs fonctions sera, s'il n'est pas opéré par le notaire responsable, assuré par une caisse commune... ». Or, le notaire, lorsqu'il reçoit les sommes versées par les souscripteurs, est bien dans l'exercice de ses fonctions, puisque ce mode de dépôt a été prévu expressément chez lui par le décret-loi du

1. En ce sens, Solus, n° 21 *in fine*. *Contra*, Glandaz, *La garantie collective des notaires*, p. 135 ; Charron, p. 217, note 1.

2. D. P., 1934-4-360.

31 août 1937. On doit observer par ailleurs que le texte de la loi est aussi large que possible et ne fait aucune distinction selon l'origine des fonds déposés. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au décret du 12 juillet 1934 qui s'exprime ainsi dans son article 1^{er} : « la garantie... s'applique au remboursement des sommes d'argent, titres et valeurs quelconques reçues par les notaires à l'occasion des actes de leur ministère ou des opérations dont ils sont chargés à raison de leurs fonctions et en qualité d'officier public ; bénéficient notamment de cette garantie tous les dépôts reçus par les notaires tant pour l'établissement ou l'exécution d'actes authentiques qu'à l'occasion des formalités ou opérations dont ils sont chargés... ».

Cette responsabilité collective est assurée par la création de caisses régionales de garantie¹ organisées dans le cadre du ressort des Cours d'appel, et groupées elles-mêmes au-dessous d'une caisse centrale à Paris². Ces caisses sont alimentées par des cotisations des notaires, principalement³.

Pour que les souscripteurs puissent s'adresser à la Caisse de garantie, il suffit que le remboursement des fonds soit devenu exigible, c'est-à-dire le jour de la présentation au notaire du procès-verbal de l'assemblée constitutive constatant la constitution définitive, ou le jour de la demande de restitution de la part d'un actionnaire lorsque le délai de six mois depuis le jour du dépôt au greffe du Tribunal sera écoulé ; d'autre part, la défaillance du notaire sera suffisamment constatée par le silence du notaire pendant un délai de quinze jours à partir de l'envoi d'une lettre recommandée (art. 3 du décret du 12 juillet 1934⁴).

Au cas où, au contraire, le notaire aurait versé les fonds

1. Le fonctionnement de ces caisses est prévu par l'article 4.

2. Article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1934.

3. Article 5 de la loi et article 6 du décret du 12 juillet 1934 pris en application : la cotisation est de 1,25 p. 100 du produit brut moyen des cinq dernières années précédant celle de la publication dudit décret.

4. Décret du 12 juillet art. 3 : La Caisse ne pourra opposer au souscripteur le bénéfice de discussion de l'article 2021 du Code civil.

à la Caisse des dépôts et consignations, comme le décret du 30 janvier 1890 le lui prescrit en son article 2, les actionnaires bénéficieront là encore de la garantie absolue de cet établissement.

Il reste le cas où le notaire aura placé les fonds provenant des souscriptions (le décret de 1937 ne le lui interdisant pas) à son compte courant¹ dans une banque devenue ensuite insolvable, on doit, d'après nous raisonner de la même manière que lorsqu'il s'agissait avant le décret de la faillite du banquier personnel du fondateur ; le notaire ne pourrait donc être poursuivi que si une faute était relevée contre lui dans le choix de cet établissement.

Abordons la deuxième hypothèse possible, celle où les sommes versées seront restées dans la caisse des fondateurs ou de leur banquier, en attendant le dépôt prescrit.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le faire observer, les solutions admises auparavant en cas de faillite du banquier ou du fondateur doivent encore l'être maintenant, et c'est la plus grande lacune du nouveau décret. Les souscripteurs devront toujours s'en remettre à leur crédit personnel, et leur faire confiance.

Il y a cependant, à notre avis, un léger changement : il nous semble que désormais les fondateurs devront être, dans le cas de faillite de la banque où ils avaient déposé temporairement les fonds, présumés responsables dans le choix de cet établissement, les souscripteurs étant dispensés désormais d'avoir à faire la preuve de la mauvaise situation financière de la banque, preuve toujours difficile à administrer tant que la déclaration de faillite n'est pas survenue.

§ 5. — APPLICATION AU CAS D'AUGMENTATION DE CAPITAL

Ici, comme dans le cas de constitution primitive, les prescriptions nouvelles devront être suivies². Le dépôt sera effectué par le gérant de la commandite ou par le

1. Bosvieux, p. 19 : Le notaire ne sera pas tenu de leur donner une affectation spéciale.

2. Solus, n° 25. Charron, p. 210. Copper-Royer, p. 709.

délégué du Conseil d'administration de la société anonyme, avec les listes et états correspondants ¹. Mais si cela ne souffre aucune difficulté, en revanche certaines questions délicates se posent.

1^{re} Question : utilisation des fonds avant la régularisation définitive de l'augmentation de capital.

Avant le décret de 1937, la jurisprudence et la majorité des auteurs se prononçaient en faveur de la possibilité d'utiliser les sommes versées aux mains du gérant ou du Conseil d'administration, à condition bien entendu que soit réalisée postérieurement l'augmentation en cours, sans quoi la responsabilité de ceux-ci se trouverait engagée ².

C'est ainsi que les fonds pouvaient être utilisés à couvrir les frais d'émission ou de la déclaration notariée, ou encore à permettre à un souscripteur de se libérer par compensation, dans le cas de vente de valeurs de sa part à la société.

En est-il de même depuis le décret du 31 août ? A notre avis, une telle pratique est maintenant impossible ³. En effet, le législateur prescrit un peu plus loin que le notaire chargé de rédiger la déclaration de souscription et de versement, se fasse représenter en même temps que les bulletins, un reçu du dépositaire constatant le versement des fonds.

Or, le dépositaire ne pourra délivrer ce reçu, si les administrateurs retirent une partie des sommes pour payer certaines dettes se rapportant ou non à l'émission en cours ; autrement, il ferait là un faux, l'affirmation du notaire, de la Caisse des dépôts et consignations, ou du Trésorier-payeur général ayant force authentique (pour les notaires, loi du 25 ventôse an 11 ; pour la Caisse des dépôts et consignations ou ses préposés, loi du 24 avril 1833 et article

1. Charron, p. 210.

2. Houpin et Bosvieux, t. II, n° 900.

3. Alexandroff, p. 47 : Cet auteur admet cependant que les souscripteurs versant directement leurs fonds à la société, pourront l'autoriser à en faire usage, et à les restituer en cas d'échec de l'augmentation du capital, la libération étant faite par compensation.

1317 du Code civil, qui doit s'appliquer ici puisque le comptable, en délivrant le récépissé, remplit une fonction publique: en ce sens arrêt du Conseil d'État, 26 février 1823¹).

2^e Question : le montant de la prime d'émission doit-il être déposé conformément au décret ?

Il faut pour cela se baser sur sa nature juridique. Or, il est généralement admis qu'il ne s'agit là ni d'un capital supplémentaire, ni d'un bénéfice distribuable, mais bien d'un apport complémentaire fait par le souscripteur², apport destiné généralement à ramener l'égalité entre anciens et nouveaux actionnaires, ou encore à payer les frais de l'augmentation de capital (commission de banque, frais de publicité), ou enfin, à grossir les réserves extraordinaires³.

On a fait observer⁴ que, la prime n'étant qu'un versement supplémentaire d'origine purement contractuelle, la libre disposition aurait dû logiquement en être laissée au Conseil d'administration. Peut-être, en effet, le législateur n'a-t-il pas prévu la question ; mais, en présence du caractère impératif des termes du nouvel article 1^{er} alinéa 6, on ne doit pas hésiter à dire que le montant de la prime d'émission devra être également consigné⁵ ; cette solution est d'ailleurs conforme à l'intérêt des souscripteurs comme des tiers. D'ailleurs le texte ne distingue pas (les fonds provenant de souscriptions en espèces ; l'état des versements effectués).

Cependant, peut-être eût-il été bon qu'au cas où le montant des primes doive servir à payer les frais de l'augmentation de capital, le Conseil d'administration eût pu en disposer avec le consentement tacite des souscripteurs ; ou mieux même que le dépositaire, dès la souscription intégrale et au moment de la régularisation de l'augmenta-

1. Carpentier et Du Saint : *Rép. Gal.*, n° 252 « Caisse des dépôts et consignations ».

2. Houpin et Bosvieux, n° 885.

3. Houpin et Bosvieux, n° 885. Wahl, Augmentation de capital, n° 152.

4. Copper-Royer, p. 409.

5. Solus, n° 25. Bosvieux, p. 35.

tion ou même avant, ait été habilité à distraire une partie des fonds pour payer les frais d'émission et en tous cas les frais d'enregistrement ¹.

3^e Question : *en cas de versement par compensation, que devra-t-on décider ?*

Bien entendu, il n'y aura aucun versement de deniers ; d'ailleurs le décret dit bien « les fonds provenant des souscriptions *en espèces* », ce qui laisse entendre qu'il y a d'autres procédés de versement possible, dont le dépositaire n'aura pas à se préoccuper. Comment saura-t-on que certaines souscriptions auront été libérées par compensation ? Le gérant devra l'indiquer séparément au cours de la déclaration notariée.

Le dépositaire n'aura donc pas à réclamer le nom de ses souscripteurs ni s'inquiéter de l'importance de leur souscription : ce serait sortir du rôle passif qui lui a été attribué ; il est là simplement pour garantir la sincérité des versements et la conservation certaine des fonds qui lui sont remis.

§ 6. — QUE SE PASSERA-T-IL EN CAS D'ÉCHEC DU PROJET DE CONSTITUTION OU DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL ?

A notre avis, les fonds déposés ne devront pas être restitués purement et simplement à chacun des souscripteurs, s'ils ont déjà été remis au notaire, et dans le cas contraire, ils devront faire l'objet du dépôt prescrit ². En dehors du caractère impératif du décret, cette solution est conforme à l'intérêt bien compris des souscripteurs, dont la protection doit être assurée dans tous les cas.

Il faut noter d'ailleurs que le décret lui-même a prévu dans cette hypothèse une procédure spéciale pour le retrait des fonds : au cas où la société ne sera pas encore constituée

• 1. Voir également le projet sénatorial du 20 février 1934 : Dépôt d'un amendement Régnier tendant à ce que l'administrateur provisoire puisse retirer les fonds. Sur l'observation de M. Lesaché, le projet du 23 juin 1936 fit choix du notaire.

2. Bosvieux, p. 18.

six mois après le dépôt du projet des statuts au greffe, tout souscripteur pourra demander en référé la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds : cette disposition doit s'appliquer dans notre cas, puisque la cause la plus générale de la non-constitution est précisément l'insuffisance des souscriptions.

§ 7. — APPLICATION DANS LE TEMPS

Le dépôt des sommes provenant des souscriptions devra être effectué chez le notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations obligatoirement pour toute société qui prévoira que la déclaration notariée ne pourra être faite avant la mise en application du décret, puisque le notaire qui recevra cette déclaration devra se faire représenter un certificat du dépositaire constatant le versement.

Tout dépend de la question de savoir si par « dépositaire » le texte du décret entend par là le dépositaire légal tel qu'il l'a prévu dans l'alinéa précédent ou tout autre, par exemple un banquier.

Si le législateur n'a pas renvoyé expressément à l'alinéa précédent, alors on doit admettre qu'il s'agit d'un dépositaire quelconque, arbitrairement choisi par les fondateurs, avec la même liberté qu'auparavant. Décider le contraire serait en effet faire rétroagir la loi nouvelle ; ce serait donc n'importe quel banquier qui délivrerait le reçu destiné au notaire, et qui compléterait même la somme à l'occasion, moyennant une forte commission.

Cette solution serait la continuation de tous les abus antérieurs, il vaut mieux, par conséquent, admettre que le décret a voulu, en employant le mot dépositaire, entendre uniquement un notaire ou la Caisse des dépôts et consignations¹, car il y va de la protection des souscripteurs et de la sincérité des versements.

1. *Contra*, Bosvieux, p. 29 et Charron, p. 218 qui soutiennent que le lien de droit formé par la souscription ne peut être modifié par le décret ; cependant, nous avons vu qu'il ne s'agissait pas là d'une disposition rétroactive du législateur. Voir également Alexandroff : *Semaine juridique*, n° du 23 janvier 1938, p. 47.

Cette question n'a d'ailleurs qu'un intérêt temporaire, puisque la période de transition doit se terminer au plus tard, pour toute société existante, le 1^{er} décembre 1938.

§ 8. — SANCTIONS DES PRESCRIPTIONS CONCERNANT
LE DÉPÔT DES FONDs

Là, comme lorsqu'il s'agissait du dépôt du projet des statuts au greffe et des bulletins de souscription obligatoires, le dépôt effectué ailleurs que dans les lieux indiqués par le nouveau décret sera sanctionné soit par la nullité de la société soit par celle de l'augmentation de capital, selon le cas, et ceci par application des articles 1 et 7 de la loi de 1867.

En particulier, la nullité sera encourue soit en cas de non-versement chez le dépositaire légal du montant total des sommes provenant des souscriptions, soit en cas d'omission dans la liste ou l'état de versement fait par chaque actionnaire individuellement.

Les intéressés admis à se prévaloir de la nullité seront ici également n'importe quel souscripteur, n'importe quel créancier de la société, lésés par le préjudice résultant d'un versement fait irrégulièrement.

D'autre part, par application de l'article 8, alinéa 1^{er} et de l'article 42 de la loi de 1867 sur la responsabilité civile résultant de la nullité, on doit décider que le gérant et les membres du premier conseil de surveillance, lorsqu'il s'agit d'une commandite, ou les fondateurs et administrateurs en fonction au moment où la nullité est prononcée (lorsqu'il s'agit d'une société anonyme), devront être déclarés solidairement responsables envers les tiers du préjudice par eux subi, dans la mesure où le dommage causé est bien une conséquence de l'annulation de la société.

Ces sanctions sont d'ailleurs beaucoup plus justifiées ici que lorsqu'il s'agissait de l'omission d'une mention quelconque, même peu importante, dans le bulletin de souscription ou dans le projet des statuts ; car le versement tel qu'il doit être effectué maintenant constitue une des meil-

leures innovations du décret. Elles présentent cependant encore certains dangers, du fait que les créanciers sociaux ne sont avertis par aucune mesure de publicité, de la question de savoir si toutes les prescriptions du nouveau décret ont bien été remplies ¹.

Bien entendu, la nullité de la société ou l'augmentation de capital pourra être régularisée conformément à l'article 3 de la loi de 1893, modifiée par le décret-loi du 30 octobre 1935.

Cette régularisation sera d'autant plus admissible dans le cas qui nous occupe, qu'il ne s'agit plus ici, comme pour les autres dispositions du décret, d'un vice du consentement.

Par conséquent, aucune sanction ne sera possible si, avant l'introduction de la demande en nullité, les fondateurs ou les administrateurs, après avoir réuni au besoin l'assemblée générale, effectueront le dépôt comme prescrit ; la cause de la nullité cessera ainsi d'exister, en admettant que les formalités antérieures (dépôt des statuts, bulletins de souscription) aient été faites également.

La question se pose de savoir si, dans le cas où les nouveaux versements faits régulièrement l'ont été après la déclaration notariée, celle-ci devra être également refaite, puisqu'elle a été nécessairement viciée par l'irrégularité commise. La solution, qui est la même que dans le cas de souscription ou de versement fictifs, a été donnée *infra* p. 99.

On sait d'autre part que depuis le décret du 30 octobre, le Juge aura la possibilité d'accorder, même d'office, un délai pour réparer la cause de nullité et faire le dépôt prescrit.

Enfin, toute irrégularité devra être considérée comme prescrite dans un délai de cinq ans à compter du jour où la nullité a été encourue, par application de l'article 8 nouveau de la loi de 1867, alinéa dernier ².

1. Charron, p. 219.

2. Copper-Royer, *op. cit.*, p. 697 est en sens contraire.

Mais les sanctions civiles ne sont pas les seules à recevoir application, et il faut décider que toute personne qui aura participé à l'émission d'actions d'une société dont les fonds n'auront pas été versés chez un notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations tombera sous le coup de l'article 13 de la loi de 1867. Il s'agira la plupart du temps des gérants, fondateurs, administrateurs qui n'auront pas fait le dépôt correctement ou encore qui ne se seront pas assurés, dans le cas d'une augmentation de capital, que les créances qui ont fait l'objet d'une compensation réunissaient bien toutes les qualités requises.

Pour le reste, le jeu de l'article 13 aura lieu suivant les conditions ordinaires que nous avons déjà étudiées plus haut (*infra* p. 61).

§ 9. — DANS QUELLES MESURES LES NOUVELLES PRESCRIPTIONS DU DÉCRET-LOI DE 1937 ONT-ELLES APPORTÉ UNE RÉFORME HEUREUSE DES PRATIQUES ANTÉRIEURES ?

Le principe en est certes excellent, et les versements fictifs qui avaient cours jusque là seront rendus dans la plupart des cas désormais impossibles. D'autre part, les souscripteurs bénéficieront des garanties morales et pécuniaires de la Caisse des dépôts et consignations et du notariat ¹.

Cependant, il ne faut pas se dissimuler les nombreux inconvénients présentés par la réforme. Tout d'abord, il faut craindre l'incommodité engendrée par les multiples versements partiels lorsque ceux-ci auront lieu chez un notaire ², dont l'étude n'est tout de même pas un lieu public ; quant au dépôt à la Caisse des dépôts et consignations il entraînera un déplacement d'espèces parfois gênant, et une stagnation des fonds regrettable ³.

Une grave lacune subsiste également du fait que le législateur n'a prescrit aucun délai dans lequel les fonds devront

1. Solus, n° 21.

2. Bosvieux, p. 18.

3. Ripert, cours 1937-1938, p. 654. Percerou, *Rép. des S.*, 1896-4.

être déposés : comme nous l'avons dit plus haut, les fondateurs pourront les garder entre leurs mains jusqu'à la veille de la déclaration notariée, il leur sera toujours possible d'en faire un emploi irrégulier avant la constitution, et de faire courir aux souscripteurs le risque d'une faillite ou d'une saisie possible.

Enfin, les fondateurs pourront comme par le passé louer à un banquier les sommes qui leur manqueront ; leur restitution s'opérera non plus le lendemain de la déclaration de souscription de versement, mais le lendemain de la constitution définitive ¹, elle sera donc simplement retardée et la commission exigée par l'établissement prêteur n'en sera que plus lourde.

De quelles façons serait-il possible de combler ces lacunes et de faire une réforme plus efficace ?

Peut-être le législateur de 1937 aurait-il pu s'inspirer du projet voté en 1903 ², qui prévoyait le dépôt des fonds dans les établissements de crédit suivants : Caisse des dépôts et consignations, Banque de France, Crédit Foncier ; ces banques, dont la solidité réputée évite pratiquement les risques d'insolvabilité du banquier, présentent en outre l'avantage de permettre un emploi productif des sommes qui leur seraient confiées. En particulier, on sait qu'un décret du 4 germinal, an XI, article 33, a rendu toute saisie-arrêt impossible lorsqu'il s'agit de sommes déposées à la Banque de France.

Beaucoup d'autres systèmes ont été d'ailleurs imaginés. C'est ainsi que MM. Colin et Nouel ³ ont proposé un dépôt effectué au nom de chaque souscripteur personnellement, celui-ci étant également le seul à pouvoir en opérer le retrait ; d'autre part, ces auteurs préoyaient un versement de moitié, une négociabilité biennale des actions de

1. Ripert, *idem*. Bosvieux, p. 218, au sujet des coureurs de prime.

2. *J. S.*, 1903-173 et renvois: *Rev. des S.*, 1903-591. Mouret, *Rev. de l'Acad. de Toulouse*, 1903, p. 314. Dalsace, *J. N.*, les modifications apportées aux droits des sociétés par le décret-loi du 31 août 1934, *Revue du notariat*, 1937, p. 301.

3. *France Jud.*, 1910, 1^{re} partie, p. 201.

numéraire, et enfin un élargissement considérable du rôle du notaire, que nous examinerons plus loin. Mais on peut observer tout de suite que ce système n'empêchera pas la pratique de l'argent loué, car le fondateur, grâce à un emprunt, souscrira personnellement un lot d'actions important, et à ce titre pourra aussi retirer les fonds correspondant à sa souscription, fonds qu'il remettra à son prêteur après la constitution définitive.

Un autre auteur imagine un système dans lequel les fondateurs ou gérant seraient personnellement responsables de la partie des fonds manquants¹ ; il nous semble que cette solution entraverait la constitution des sociétés du fait d'une trop lourde responsabilité pour ceux qui en prennent l'initiative. Enfin, cette précaution serait réduite à néant si les fondateurs se révélaient insolvables.

Dans cet ordre d'idées, on peut aussi citer la loi belge, qui, dans le cas d'une perte d'une partie des fonds, considère les gérant ou fondateurs comme souscripteurs personnels du manquant² ; mais ce système entraîne les mêmes inconvénients que celui exposé ci-dessus.

Peut-être eût-il mieux valu tenir compte davantage des projets de loi antérieurs au décret. C'est ainsi que la proposition 482 prescrivait, outre le dépôt chez le notaire dépositaire des statuts, que ce notaire, en cas de versement à la Caisse des dépôts et consignations, aurait qualité pour retirer directement la somme nécessaire au paiement des frais de constitution et d'enregistrement. En effet, comme l'a fait observer M. Lesaché au Sénat, le 20 février 1934, il était impossible pratiquement aux fondateurs de retirer une partie des fonds avant de pouvoir justifier de la constitution définitive ; or, comme d'autre part, la société ne pouvait être constituée qu'après le règlement de certains frais (en particulier les droits d'enregistrement), les fondateurs se trouvaient dans un cercle vicieux, d'autant plus que ces droits étaient trop élevés pour que le notaire³,

1. Léouzon-Leduc, *La Réf. des S.*, 1910, p. 252.

2. Copper-Royer, t. I, p. 376.

rédacteur de la déclaration de souscription, puisse en faire l'avance. Dans ce projet, le notaire aurait pu retirer lui-même une partie des fonds pour faire face à ces dépenses, contre la production d'un état taxé, ce qui n'aurait pas entraîné de complications.

Il faut noter également une tentative très intéressante du projet 2416, pour la centralisation chez un notaire des principales formalités constitutives des sociétés. D'après ce projet, le notaire :

1° Recevrait le dépôt de projet des statuts, concurremment avec le greffe du Tribunal de commerce ;

2° Recevrait les fonds et les déposerait à son nom dans un des établissements destinés à recevoir les sommes versées chez les officiers publics, ou dans une banque ;

3° Rédigerait la déclaration de souscription et de versement ;

4° En cas d'échec du projet de société, reprendrait lui-même, dans les six mois du dépôt des statuts, les sommes déposées pour les rembourser aux souscripteurs individuellement.

Cette centralisation, certainement supérieure au système actuel qui disperse toutes les formalités, est peut-être seulement un peu prématurée, faisant passer le notaire de son rôle passif à une trop grande intervention de sa part dans la constitution des sociétés.

Section II. — Blocage des fonds versés.

Nous avons examiné dans les chapitres antérieurs pour quels motifs l'article 1^{er} de la loi de 1867 avait exigé un versement minimum sur chaque action souscrite ; les mêmes raisons nous paraissent commander le maintien des fonds versés dans leur intégralité, soit chez le notaire, soit à la Caisse des Dépôts et Consignations jusqu'au jour de la constitution définitive de la Société ¹, ou en tout cas jus-

1. Lyon, 14 juin 1895 : *S.*, 1896-2-213. Houpin et Bosvieux, n° 673. Lacour et Bouteron, n° 435. Thaller et Pic, n° 903. Cass., 28 octobre 1901. *S.*, 1904-1-35. Bosvieux, p. 20.

qu'au moment du vote de l'assemblée générale chargée de vérifier la sincérité de la déclaration notariée ¹.

Certains auteurs ² ont cependant prétendu que le versement exigé par la loi a visiblement pour but de procurer à la société des actionnaires sérieux et solvables, mais que le dépôt des fonds ne devait pas avoir un caractère conservatoire et intangible, et qu'il s'agissait là d'une simple garantie en faveur des créanciers sociaux ; et ils en concluaient qu'il était possible d'employer les sommes versées en frais de constitution (commission de vente, droit d'enregistrement, etc...), tout au moins lorsqu'il s'agissait d'une augmentation de capital.

Mais cette solution est en contradiction formelle avec le principe de l'inexistence de la Société avant sa constitution définitive (Cass., 2 mai 1887, 17 juillet 1885 ³).

Mais, bien entendu, l'emploi des sommes versées a été considéré généralement comme possible en cas d'augmentation de capital, et sous la responsabilité des administrateurs en fonction.

Quels changements le décret-loi du 31 août 1937 a-t-il apportés à ce sujet ? Comme nous l'avons vu précédemment les fonds déposés devront être maintenus intégralement dans la Caisse du dépositaire légal, puisque le retrait ne pourra s'effectuer que sur la signature du gérant ou de l'administrateur-délégué, contre la remise du procès-verbal de la ou des assemblées générales constitutives, et l'on sait que depuis le décret, il est également impossible d'employer une partie des fonds avant la régularisation définitive de l'augmentation de capital.

Le maintien de ces fonds ne présente aucune difficulté lorsqu'ils ont été déposés à la Caisse des dépôts et consignations. Mais il n'en est pas de même au cas où c'est un notaire qui a été choisi.

1. Douai, 14 mai 1925, Rec. Douai, 1925-274. Seine, 20 septembre 1884, *Rev. des S.*, 1884 688.

2. Lyon-Caen et Renault, n° 700. Vavas seur, n° 370. Arthuys, n° 335. Paris, 1^{er} août 1888, *Rev. des S.*, 1889-10.

3. *Rev. des S.*, 1887-356. *J. S.*, 1890-202.

Celui-ci peut, d'abord, ainsi que nous l'avons indiqué, soit garder les fonds chez lui, ou les verser à son compte courant dans une banque ¹ mais sous sa responsabilité en cas de faute prouvée dans le choix de cette banque, et dans ce cas jeu de la responsabilité collective de la loi du 23 janvier 1934.

On sait d'autre part que le décret du 30 janvier 1890, prescrit au notaire de déposer les fonds à lui confiés à la Caisse des dépôts et consignations dans les six mois du jour où ils lui ont été remis ².

Et les conditions de ce dépôt sont réglées par le décret du 2 février 1890 : chaque versement est accompagné de la remise de la part du notaire d'un bulletin destiné à la Chambre de Discipline mentionnant l'affaire donnant lieu au versement.

Le préposé à la Caisse des dépôts et consignations délivre alors un récépissé à talon établi au nom du notaire dans les conditions déterminées par les articles 1 et 7 de la loi du 24 avril 1833.

Le notaire pourra cependant conserver les fonds qui lui sont dus pour une nouvelle période de six mois sur la demande écrite des souscripteurs, c'est-à-dire pratiquement par une mention spéciale insérée dans le bulletin désormais obligatoire.

Que deviennent ces sommes ainsi versées par le notaire à la Caisse des dépôts et consignations ?

La jurisprudence a décidé (Bordeaux, 24 décembre 1902 et Cass. civ., 23 février 1909³) que ce « versement n'opère aucune novation, la Caisse des dépôts et consignations étant purement et simplement substituée au notaire pour la garde des fonds sur lesquels les tiers demeurent, après

1. Bosvieux, p. 19.

2. Il est vrai que les fonds resteront rarement six mois chez le notaire, puisque, au moment de leur dépôt, le projet des statuts faisant courir le délai de restitution que l'on connaît, aura eu lieu quelque temps avant ; mais il faut signaler également qu'une ordonnance de la direction générale de la Caisse des dépôts et consignations en date du 21 avril 1890 permet au notaire de déposer dans cette caisse les fonds qui lui sont remis sans être obligé d'attendre le délai de six mois.

3. S., 1905-2-195. S., 1909-1-257.

le versement, investis des droits identiques à ceux qu'ils possédaient auparavant ; le fait que les sommes déposées par un même notaire sont confondues dans le compte courant qui lui est ouvert ne suffit pas pour leur faire perdre leur individualité ; les articles 12, 13^e et 14 du décret du 2 février 1890 ont ordonné l'inscription à un compte unique de tous les dépôts faits par le notaire, uniquement par mesure de simplification de comptabilité, et ils ont pris soin d'établir des formalités particulières pour constater l'identité de chacun d'eux ».

Cette pratique présente l'avantage de rendre impossible toute saisie-arrêt sur les sommes versées de la part des créanciers personnels du notaire ¹, avant le décret de 1937, les fonds étaient déjà indisponibles avant la constitution de la société ; mais en pratique, la garantie n'était pas la même, en effet, le banquier chez qui les fonds étaient déposés pouvait être de connivence avec les fondateurs ou tout au moins soumis à leur influence, et leur remettre une partie de la somme avant la constitution définitive, avec ou même sans promesse de remettre les choses en état au moment de la déclaration notariée, rien ne pouvait remédier à cette sorte d'abus. Maintenant, au contraire, les souscripteurs bénéficient de la garantie efficace de la Caisse des dépôts et consignations, établissement public, et de celle des notaires officiers ministériels.

Pour le surplus, il suffira d'appliquer les règles ordinaires du dépôt irrégulier telles qu'elles ont été dégagées par la doctrine et la jurisprudence ².

En particulier, le dépositaire ne pourra employer les sommes versées à son usage personnel : pour le notaire, article 1^{er} du décret du 30 janvier 1890. Quant à la Caisse des dépôts et consignations son règlement intérieur lui

1. Bosvieux, p. 19.

2. Capitant et Colin, *Cours de dr. civ.*, t. II, p. 728 : pour ces auteurs, ce dépôt n'a de dépôt que le nom ; il est fait souvent dans l'intérêt à la fois du dépositaire et du déposant, et il devient alors un prêt d'usage ou de consommation, et la banque pourrait employer les fonds à charge de les rendre à première réquisition. Pour nous, il vaut mieux décider que cet emploi, licite en général, soit interdit dans le cas particulier de fonds provenant de souscriptions. A ce sujet, voir Req., 11 juin 1929. G. P., 1929-2-479.

permet de faire fructifier les fonds qui lui sont confiés, elle les emploie ordinairement en achat de valeurs certaines (rentes sur l'État et obligations des Chemins de fer garanties par le Trésor), en avances faites à l'État ou aux Administrations et Institutions publiques en vue de besoins justifiés et sous forme de prêts à courts termes ; l'emploi est dans tous les cas contrôlé par la Commission de surveillance de l'Administration centrale.

Est-ce que les fonds provenant des souscriptions produiront intérêts en faveur de la future société ?

Pour ceux déposés chez un notaire, aucun intérêt ne doit être versé, sauf dans le cas de mise en demeure. Et pour ceux qui sont confiés au contraire à la Caisse des dépôts et consignations ils doivent produire l'intérêt ordinaire prévu par le règlement de cet établissement (décret du 11 janvier 1854) : 1 p. 100 à partir du jour du versement pourvu que les fonds soient restés au moins quinze jours en dépôt, le remboursement ne pouvant être en tout cas exigé avant un délai de dix jours à partir de l'enregistrement de la demande au Secrétariat de l'Administration.

Qu'arrivera-t-il spécialement pour les sommes correspondant à certaines souscriptions qui ont été annulées ou soumises à réduction ?

Il semble que l'excédent ainsi devenu libre devra cependant rester bloqué jusqu'à la constitution définitive¹, puisque le décret a prévu une procédure spéciale de retrait, sans faire aucune distinction, et que d'ailleurs l'intérêt des souscripteurs et de l'épargne en général commande le retrait suivant le mode prescrit dans tous les cas ; les risques de faillite des fondateurs ou de saisie de la part de leurs créanciers étant les mêmes dans les deux hypothèses.

Cette solution conduit à l'impossibilité pour les fondateurs de se servir du numéraire versé tant que les formalités de constitution n'ont pas été achevées ; et certains²,

1. Bosvieux, p. 23.

2. Goiffon, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Paris, 1902-128. .

regrettant cet état de choses, ont proposé que l'on puisse considérer comme toujours valable un usage qui était déjà suivi antérieurement ; le dépositaire remettrait aux fondateurs la partie des fonds correspondant aux frais de constitution ou d'augmentation de capital, leur emploi étant constaté et approuvé lors de la première assemblée générale constitutive, après constatation par la majorité des actionnaires que cette opération n'a pas en réalité diminué le montant du capital social tel qu'il avait été primitivement annoncé ; cette approbation rendrait impossible à l'avenir l'application des articles 13 et 42 de la loi de 1867.

Pareillement, on a vu que la proposition n° 482 avait prévu que, même avant la constitution, le notaire pourrait retirer directement de la Caisse des dépôts et consignations les sommes nécessaires au paiement des frais de constitution et d'enregistrement.

Que faudra-t-il décider enfin au cas de perte des sommes versées ?

Si cette perte est survenue par suite d'un cas fortuit, ou de la force majeure, le dépositaire sera libéré par le fait même¹ : et dans l'hypothèse où le notaire avait déposé les sommes versées dans une banque, ce sera aux déposants (fondateurs ou administrateurs) à prouver qu'il a commis une faute dans le choix de cette banque, faute qui sera appréciée *in abstracto*, puisque le notaire ne pouvant stipuler aucun intérêt (art. 1^{er} du 30 janvier 1890) aura certainement demandé à cette occasion des honoraires particuliers ; c'est l'application pure et simple de l'article 1928 du Code civil, 2^e.

Section III. — Retrait des fonds versés.

§ 1. — RETRAIT APRÈS CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

Antérieurement, le retrait avait lieu, pour les commandites, par le gérant, et pour une société anonyme, par un administrateur autorisé et délégué par le Conseil d'admi-

1. Planiol et Ripert, *Cours de dr. civ.*, t. II, p. 706.

nistration après délibération, et dans tous les cas sur la justification de la constitution définitive de la société ¹ (et même pour certains ² sur celle de l'accomplissement des formalités de publicité des articles 55 ou 56 de la loi de 1867).

Il est probable que le banquier chez qui les fonds étaient déposés, demandait la justification de la tenue des assemblées constitutives, de la déclaration notariée dont il pouvait demander expédition, et peut-être même la justification des mesures de publicité.

Mais, de même que pour le dépôt, tout le système reposait sur l'honnêteté du banquier, sur son indépendance ; et celle-ci devenait douteuse lorsque les fondateurs et futurs administrateurs faisaient partie du Conseil d'administration de la banque elle-même, lorsque c'était une société anonyme,

Il n'y avait de sécurité que dans le cas où les fonds avaient été versés à la Banque de France, au Crédit Foncier, ou dans des établissements de même solidité.

Là comme ailleurs, on retrouve le même mouvement doctrinal et les mêmes projets de loi que nous avons déjà rencontrés au sujet des autres réformes du décret de 1937 ; nous indiquerons le détail de ces projets au cours même de notre étude.

Contenu du décret. — Celui-ci prescrit que le retrait des fonds provenant des souscriptions en espèces aura lieu sur la signature du gérant ou de son mandataire, contre remise d'une copie certifiée par lui du procès-verbal de la ou des assemblées constitutives (art. 1^{er}, al. 7 nouveau) ³.

Le dépositaire légal pourra vérifier l'identité du gérant, puisque son nom se trouve dans le projet des statuts déposés au greffe du Tribunal de commerce ⁴, au besoin, il pourra exiger la production d'une copie de ce projet, certifiée conforme.

1. Houpin et Bosvieux, n° 676.

2. Copper-Royer, t. I, n° 66 *bis*.

3. Bosvieux, p. 21. Solus, p. 27.

4. Copper-Royer, p. 701.

Dans le cas où le gérant se fera représenter (le mot mandataire s'appliquant à celui de gérant plutôt qu'à celui de société) ce mandataire devra produire en plus un pouvoir spécial ¹.

C'est un parti pris du législateur de passer sous silence les sociétés anonymes et d'ignorer leur existence. Quelles sont les formalités que ces fondateurs devront accomplir pour retirer les fonds déposés ? Il faut faire ici une distinction :

1° Ou bien l'assemblée constitutive, en même temps qu'elle nommera les premiers organes sociaux, désignera l'un des administrateurs par une mention spéciale, pour retirer les fonds. Ce mandataire justifiera alors de son pouvoir en produisant au dépositaire une copie des procès-verbaux des assemblées constitutives, justifiant ainsi du même coup de la constitution définitive de la société ².

2° Ou bien l'assemblée générale n'a pas pris de résolutions spéciales à cet effet. Le Conseil d'administration désignera alors l'un de ses membres pour le retrait. Rien n'oblige à ce que ce soit d'ailleurs un administrateur ; ce pourra être une personne quelconque. Le projet de la Ligue pour la réforme des sociétés de 1931 exigeait le retrait par un ou plusieurs délégués des administrateurs. En tous cas, la personne désignée justifiera :

a) De sa qualité de mandataire *ad hoc* par la production d'un extrait de la délibération du Conseil d'administration qui l'a nommé ;

b) Et de la constitution définitive de la société par la production des procès-verbaux des assemblées constitutives ³.

1. Pour l'auteur ci-dessus le mot « mandataire » s'appliquerait à « Société ».

2. Copper-Royer, p. 702. Bosvieux, p. 21.

3. Copper-Royer, p. 702. Pour Bosvieux, il serait inutile de produire au notaire la copie des procès-verbaux des assemblées constitutives lorsque le dépôt a eu lieu chez celui qui a reçu la déclaration notariée et à qui ces pièces ont été déposées au rang de ses minutes pour la publication.

Toutes ces pièces devront être certifiées conformément aux statuts ¹.

On a soutenu que si dans le cas d'une société anonyme on étend le texte à l'ensemble des administrateurs, il faudra la signature de tous ceux-ci au moment du retrait des fonds chez le dépositaire ² : mais dans la pratique, il est impossible d'y faire venir tous les administrateurs en fonction ; ce sera d'ailleurs inutile, il suffira d'exiger que tous signent la délibération du Conseil d'administration mandatant un des leurs pour le retrait ; et ceux-ci d'autant que de droit commun, dans les sociétés anonymes, les actes courants de la vie sociale ne requièrent que la signature de deux administrateurs ³ (le projet de 1903 exigeait la signature de *tous* les gérants, ou de *tous* les administrateurs en fonction).

La copie du procès-verbal de l'assemblée constitutive devra être certifiée par le retirant.

Il eût été sage d'exiger d'autres signatures que la sienne ⁴, car en toute rigueur il n'est pas impossible qu'il s'agisse d'un escroc qui, après avoir capté la confiance des fondateurs, détournera facilement les sommes déposées (par exemple, la signature du président du Conseil d'administration ou de deux administrateurs ⁵).

Le décret dit « remise du procès-verbal de ou des assemblées constitutives » : c'est parce que, selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'apports en nature, il y a une ou deux assemblées générales et les premiers organes sociaux ne seront alors nommés que par la seconde de ces assemblées ⁶.

Qu'arrivera-t-il si les administrateurs n'ont pas encore tous accepté leurs fonctions au moment du retrait, puisque c'est cette acceptation qui marque le moment précis de la constitution ⁷ (art. 25, al. dernier de la loi de 1867). En

1. Copper-Royer, p. 703.

2. Dalsace, p. 300.

3. Lyon-Caen et Renault, n° 835.

4. Charron, p. 210. Solus, p. 28, note 2.

5. Copper-Royer, p. 703.

6. Houpin et Bosvieux, n° 1023.

7. Houpin et Bosvieux, n° 760.

général, leur acceptation a lieu lors de l'assemblée qui les nomme, et elle se trouve par conséquent consignée dans le procès-verbal. Cependant, en cas d'absence de l'un ou de plusieurs d'entre eux, il faudra que le retrayant rapporte la preuve auprès des dépositaires de leur acceptation et celle-ci devra être annexée au procès-verbal de l'assemblée générale¹ (et déposée pour minute, avec la copie de ce procès-verbal, à la suite des statuts pour la publication).

Lorsque les administrateurs ont été désignés dans l'acte même de société auquel ils ont été partie comme fondateurs ou apporteurs, leur acceptation résultera alors des statuts eux-mêmes.

Dans la commandite, le gérant devra également prouver l'acceptation de tous les membres du premier conseil de surveillance², dont la nomination, en dépit d'une mauvaise rédaction de l'article 5 de la loi de 1867, fait partie des formalités de constitution³.

D'autre part, l'administration de la Caisse des dépôts et consignations exigeait jusqu'ici, en dehors des pièces ci-dessus mentionnées, la production de l'expédition de l'acte de société s'il a été notarié, ou de l'extrait déposé au greffe du Tribunal de commerce conformément à l'article 55 pour la publicité. Il semble que cette pratique pourra encore être suivie, d'autant plus que maintenant, le préposé

1. Mêmes auteurs, Pont, n° 1066. Thaller et Pic, n° 964. Bosvieux, p. 21. Charron, p. 210. Houpin et Bosvieux, n° 759.

2. En cas de dépôt des fonds à la Caisse des dépôts et consignations, le préposé exigeait jusqu'ici, outre les extraits de la délibération du Conseil d'administration avec légalisation de la signature de l'administrateur délégué, la production de l'expédition de l'acte de Société où, s'il est sous seing privé, une copie de l'extrait déposé au greffe du Tribunal de commerce en vertu de l'article 55.

Et au cas où les fonds ont été déposés à la Caisse par le notaire, il faudra appliquer l'article 8 du décret du 2 février 1890 : remboursement sur la production d'autorisations de paiement délivrés par le notaire, à la suite d'un avis préalable adressé au préposé dans un délai maximum de cinq jours. Dolbeau et Cautenat, supplém., 1938, n° 7.

3. Houpin et Bosvieux, n° 616. Lyon-Caen et Renault, n° 984 et 1017 *ter*. Lacour et Bouteron, n° 462. *Contra*, Arthuys, n° 364.

de la Caisse pourra trouver au greffe le texte des statuts même si les formalités de publicité n'ont pas encore été faites.

Il arrive parfois qu'une société par actions se fonde sous condition suspensive, par exemple sous celle de l'obtention d'une concession ; les fonds versés devront-ils alors rester bloqués jusqu'au jour de la réalisation de cette condition ? On sait en effet que la rétroactivité de la condition, admise en droit civil, ne s'applique pas ici, et que la société n'est réputée constituée dans ce cas que du jour de l'obtention de la concession par décret rendu en Conseil d'État ; on a alors proposé ¹, pour éviter un blocage des fonds trop prolongé, que les statuts prévoyant le cas, autorisent le Conseil d'administration à retirer les sommes déposées et à les utiliser pour *certaines besoins précisés*. Cependant, si les assemblées constitutives ne peuvent être réunies qu'après l'obtention de la concession, il sera impossible de présenter au dépositaire les procès-verbaux de ces assemblées, et alors celui-ci n'encourra-t-il pas une grande responsabilité en remettant les fonds en dehors des conditions légales ?

Le dépositaire, pour se couvrir des dépenses effectuées au sujet du versement et comme garantie de ses honoraires, aura, comme de droit commun, un droit de rétention sur les sommes versées ².

Quant au notaire, il y aura lieu pour lui à perception d'un honoraire de recette, calculé par rôles de minute ³.

Enfin, on décide généralement que les procès-verbaux des assemblées constitutives et les extraits des délibérations n'auront pas, afin d'éviter des frais inutiles, à être enregistrés ⁴.

1. Charron, p. 210, note 1.

2. Bosvieux, p. 22.

3. Bosvieux, p. 22.

4. Bosvieux, p. 21. Copper-Royer, p. 703, invoquant la discussion du Sénat sur la proposition Lesaché.

APPLICATION EN CAS D'AUGMENTATION DE CAPITAL

Les dispositions du décret doivent, bien entendu, recevoir application ici comme dans le cas de constitution primitive ¹. Le retrait des fonds aura lieu sur remise du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'augmentation, ou de l'extrait de la délibération du Conseil d'administration, si les statuts lui avaient délégué le pouvoir et le procès-verbal de l'assemblée générale qui a vérifié la sincérité de la déclaration notariée ².

Le retrait sera effectué par l'administrateur ou toute autre personne désignée à cet effet, soit par cette dernière assemblée, soit par le Conseil d'administration *tout entier*

Le dépositaire, en raison de son rôle passif, n'aura pas à vérifier si le droit préférentiel réservé aux anciens actionnaires par le décret-loi du 30 octobre 1935 a bien été observé.

Enfin, au sujet de la question de l'utilisation des fonds avant la régularisation définitive de l'augmentation de capital, il suffit de se reporter aux solutions que nous avons données précédemment.

RESPONSABILITÉ QUE PEUT ENCOURIR LE DÉPOSITAIRE LÉGAL, SOIT EN RAISON DU DÉPÔT, SOIT EN RAISON DU RETRAIT.

1° *A raison du dépôt.* — Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer plus haut (p. 166) dans quelles mesures le notaire pouvait être déclaré responsable de la perte des fonds qu'il aurait déposés imprudemment dans une banque.

Spécialement, à propos de la liste de souscription et de l'état de versement, le notaire ne peut être déclaré responsable ni de la sincérité des souscriptions, ni de l'identité ou de la capacité des souscripteurs, à moins qu'il n'ait accepté de recevoir en même temps les bulletins de souscription ³.

1. Solus, n° 25. Charron, p. 210.

2. Bosvieux, p. 35. Copper-Royer, p. 711.

3. Bosvieux, p. 22.

Cependant, s'il s'aperçoit que la liste des actionnaires contient des engagements provenant de personnes qu'il sait être incapables ou notoirement insolvables, ou encore si cette liste ne concorde pas avec l'état des versements qui y est annexé, il fera bien de prévenir les fondateurs, sous peine d'en être responsable, car il y aurait alors mauvaise foi de sa part et participation à la constitution d'une société irrégulière.

2° *A raison du retrait.* — a) Il devra, bien entendu, s'assurer que toutes les formalités légales de constitution ou d'augmentation de capital ont été correctement accomplies², en particulier, il constatera que le dépôt du projet des statuts a été fait avant l'émission, projet dont il pourra exiger à la rigueur une copie conforme ; il s'assurera que la déclaration notariée a été effectuée (il pourra se renseigner facilement auprès du notaire qui l'a reçue).

Mais le dépositaire devra-t-il en outre rechercher si les assemblées constitutives ont été tenues régulièrement, c'est-à-dire avec les conditions de quorum et de majorité exigées par les articles 30 et 31 de la loi de 1867, si les actionnaires ont bien été convoqués régulièrement, et enfin si les commissaires aux apports, premiers administrateurs ou membres du Conseil de surveillance, ont été nommés selon les formes voulues ? Certains ont hésité à lui imposer une si lourde tâche¹, et ils décident que, le rôle du dépositaire légal n'étant pas d'entrer dans la vérification de tous les détails de constitution, il lui suffira, pour qu'il puisse se dessaisir valablement des fonds, de constater que les assemblées ont été tenues effectivement, qu'en un mot la société se présente, *en apparence*, comme étant définitivement constituée.

Lorsqu'il s'agira de la Caisse des Dépôts et Consignations ou à plus forte raison de ses préposés en province, il faut avouer qu'on ne pourra lui demander davantage², mais

1. Bosvieux, p. 22. Cependant M. Charron, p. 210, affirme que le notaire devra vérifier si les assemblées constitutives ont été tenues régulièrement.

2. Charron, p. 211.

pour ce qui est des notaires il faut espérer que la pratique notariale aura à cœur, surtout à Paris, où ils sont au courant de toutes ces matières, de vérifier la régularité de toutes les formalités constitutives, et en particulier des assemblées générales ; cette mission leur sera d'ailleurs facilitée par ce fait qu'ils en auront les procès-verbaux entre les mains.

b) Le dépositaire aura le devoir de vérifier la sincérité de la signature du retrayant, en se renseignant par exemple auprès du président du Conseil d'administration.

Dans le cas où la remise des fonds aurait lieu en dehors des conditions exigées, sa responsabilité personnelle serait engagée (art. 1382 du Code civ.), et s'il s'agit d'un notaire, la responsabilité collective prévue par la loi du 23 janvier 1934 devrait recevoir application ¹.

Il en sera ainsi au cas où le remboursement aura été fait sans vérification des procès-verbaux des assemblées, dans celui de remise des fonds faite à des personnes non qualifiées, voire même à un simple escroc, ou encore si cette remise a été faite entre les mains des fondateurs dans le cas de non-constitution de la société ; le décret en effet a prévu dans cette dernière hypothèse une procédure spéciale de retrait, caractérisée par l'intervention du pouvoir judiciaire, procédure à l'étude de laquelle nous arrivons maintenant.

§ 2. — RETRAIT DES FONDS EN CAS DE NON CONSTITUTION DU PROJET DE SOCIÉTÉ

A ce sujet, deux opinions principales ont prévalu, avant le décret de 1937, sur la question de savoir à qui les fonds devaient être alors remis.

Pour certains ², après l'échec du projet de constitution,

1. Bosvieux, p. 20. Percerou, *Cours de droit commercial*, 1937-1938, p. 434.

2. Thaller et Pic, n° 910 : pour ces auteurs, les souscripteurs ne doivent avoir aucun privilège à l'encontre des autres créanciers des fondateurs, et doivent subir la loi du concours ; dans le même sens, Thaller et Percerou, n° 510.

la personnalité morale de la société se survivait, et la remise des fonds ne pouvait d'après eux se faire qu'entre les mains des fondateurs, représentants de cette société de fait ; ceux-ci étant chargés de distribuer ensuite les sommes entre les souscripteurs.

Au contraire, pour la majorité de la doctrine¹, la restitution ne pouvait se faire qu'aux souscripteurs individuellement : en effet, les fondateurs par l'échec de la société, ont perdu par là même leur qualité de gérants d'affaires de la société en formation, les souscripteurs recouvrent donc immédiatement leurs droits de propriété qu'ils avaient auparavant sur leur mise et ils ont seuls qualité pour la retirer, à moins qu'ils ne consentent à donner à cet effet un pouvoir spécial aux fondateurs.

Cette solution était également adoptée par la jurisprudence.

D'ailleurs, l'un et l'autre de ces systèmes avaient des inconvénients ; la première théorie fait courir aux actionnaires le danger d'une remise des fonds entre les mains des fondateurs, même temporairement, et de subir le concours de leurs créanciers personnels, en cas de faillite ; la deuxième, présentait l'inconvénient d'obliger le banquier dépositaire des deniers à les remettre à des personnes dont il n'avait aucun moyen de connaître l'identité et la capacité, d'autant plus que cette capacité pouvait avoir été modifiée depuis le dépôt des fonds chez lui² (décès, faillite, interdiction, etc.).

Enfin, dans la pratique antérieure, il était impossible de prouver juridiquement la non-constitution de la société ; c'est pourquoi, en cas de difficulté et pour dégager sa responsabilité, le banquier demandait pour restituer les fonds une autorisation des fondateurs ou des administrateurs, ou mieux, attendait que l'un des souscripteurs eût obtenu une décision de justice passée en force de chose jugée³.

1. Houpin et Bosvieux, n° 676. Lacour et Bouteron, n° 435.

2. Mouret, *op. cit.*, p. 318.

3. Percerou, *op. cit.*, p. 434.

Une difficulté importante se présentait également au point de vue de la durée de l'engagement du souscripteur ; en dépit du long temps écoulé depuis la formation du contrat de souscription, il ne pouvait poursuivre directement le remboursement des sommes versées, mais seulement mettre en demeure les fondateurs de convoquer les assemblées générales, ou demander l'annulation de leur engagement en vertu de l'article 1184 du Code civil ¹, et les tribunaux appréciaient souverainement la question de savoir si la constitution s'était fait attendre assez longtemps pour qu'on puisse la considérer comme ayant échoué.

Aussi, s'inspirant de certaines lois étrangères, les projets antérieurs avaient prévu expressément un certain délai pour le remboursement ; pour le projet de 1931, remboursement directement à chaque souscripteur, en cas de non-constitution dans les six mois du dépôt des statuts au greffe ; remboursement par le notaire à qui les fonds ont été remis (projet n° 2416), ou par le dépositaire lui-même à chacun des souscripteurs (proposition n° 482) ².

Finalement, on voit par là qu'il y avait plusieurs systèmes possibles de restitution : remboursement direct par le dépositaire qui était auparavant la plupart du temps un banquier, retrait par les fondateurs chargés d'effectuer ensuite la répartition, ou enfin intervention d'un membre nommé soit par le pouvoir administratif, soit par le pouvoir judiciaire. C'est à cette dernière solution que s'est arrêté le décret-loi du 31 août 1937.

1. Houpin et Bosvieux, n° 660. Houpin, *J. S.*, 1895-481. Goiffon, p. 109.

2. Ce mouvement législatif avait été amorcé par un curieux arrêt de la Cour de Douai du 14 mars 1927 (*Journal des Sociétés*, 1926, p. 211), décidant, que si les souscriptions n'ont pas atteint le chiffre de l'augmentation de capital projetée, le banquier chargé de recueillir les fonds pourrait se refuser à les verser entre les mains des représentants légaux de la Société et serait fondé à demander la nomination d'un séquestre judiciaire chargé de les conserver jusqu'à ce qu'il soit statué au fond.

CONTENU DU DÉCRET DU 31 AOUT 1937

Le législateur prescrit dans l'article 1^{er} nouveau, qu'en cas de non-constitution de la société dans un délai de six mois à partir du dépôt du projet des statuts au greffe du Tribunal de commerce, tout souscripteur pourra demander à référer au président du Tribunal la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, après en avoir déduit ses frais de répartition.

Plusieurs questions délicates se posent au sujet de cette nouvelle disposition.

1° *Quel sont les conséquences juridiques de ce nouveau délai ?*
— Tout d'abord comment le souscripteur aura-t-il connaissance de la date du dépôt des statuts au greffe ? Par une mention spéciale insérée obligatoirement dans le bulletin souscription dont les fondateurs, on l'a vu, doivent lui laisser un exemplaire entre les mains.

Cette prescription présente un avantage incontestable sur la pratique antérieure, du point de vue de la protection générale de l'épargne. Elle donne d'abord une indication précieuse sur la durée de la période constitutive des sociétés par actions en général¹, désormais les actionnaires ne seront plus dans l'obligation, au cas où cette période se prolongerait d'une manière anormale, de mettre les fondateurs en demeure de réunir les assemblées constitutives, ni de faire la preuve de l'échec du projet de constitution par suite de l'insuffisance des souscriptions ou de son abandon par les promoteurs de l'entreprise ; la question de la preuve est maintenant renversée, il suffira qu'à l'expiration du délai indiqué ci-dessus, un souscripteur quelconque ait recours au président du Tribunal de commerce ; ce sera alors aux administrateurs à prouver la constitution de la société par la production des procès-verbaux des assemblées constitutives.

La non-constitution de la société dans le délai de six mois

1. Copper-Royer, p. 704. Seine, 4 février 1919, *J. S.*, 1921-180, d'après lequel les souscripteurs ne pouvaient que mettre en demeure les fondateurs de convoquer les assemblées constitutives.

doit-elle être considérée comme une condition résolutoire de l'engagement du souscripteur, de telle sorte que le seul fait de l'expiration du délai anéantirait l'engagement de l'actionnaire même sans qu'aucune demande en restitution n'ait eu lieu de sa part ¹ ? Ce n'est pas notre avis. En effet le texte dit « le souscripteur pourra demander », ce qui indique qu'il s'agit là d'une simple faculté ; il faut en conclure que la constitution de la société intervenant après le délai mais avant l'introduction de toute demande en référé sera parfaitement régulière. La solution contraire serait évidemment néfaste aux intérêts des souscripteurs eux-mêmes, puisque l'absence d'une demande en justice prouve qu'ils sont tous d'accord pour parvenir à la constitution définitive.

Serait-il possible de stipuler conventionnellement un délai plus long ?

Certains auteurs ² l'ont soutenu en disant que les souscripteurs, entièrement maîtres de leurs droits, peuvent valablement renoncer à une mesure prescrite uniquement dans leur intérêt, puisque de toute façon ils ont la faculté, même si cela n'a pas été prévu au moment du contrat de souscription, d'attendre beaucoup plus longtemps s'ils le désirent, que l'échec du projet de société leur apparaisse certain.

Il nous semble cependant que si telle avait été la pensée des rédacteurs du décret-loi, ils se seraient gardés de donner une date précise, ce qui n'est pas le cas.

Ce délai en tout cas ne pourrait pas être prolongé au moyen d'une résolution prise dans une assemblée générale par la majorité des actionnaires : en effet, la société n'ayant encore aucune existence juridique à ce moment, même entre associés, il n'y a que des accords individuels en présence et la moindre modification à y apporter doit réunir l'avis de l'unanimité.

D'ailleurs on ne voit pas comment une clause allongeant le délai pourrait être prévue spécialement par les fonda-

1. Alexandroff, *Semaine juridique*, n° du 23 janvier 1938, p. 45.

2. Alexandroff, p. 46.

teurs : cette clause, pour être opposable à tous les souscripteurs, devrait être nécessairement inscrite dans les bulletins de souscription, de telle façon que le souscripteur serait obligé ou de l'accepter ou de renoncer à entrer dans la société.

Si l'on doit rejeter la possibilité pour les fondateurs de prévoir un délai plus long que celui prévu par le nouveau décret par contre, il sera parfaitement licite de stipuler dans les bulletins un délai plus bref ; puisque cette clause serait toute en faveur des souscripteurs ¹.

2^o *La demande en référé.* — Cette possibilité pour le souscripteur de s'adresser à la justice pour obtenir le remboursement de sa mise pour le seul motif de la tardivité de la constitution montre que le législateur a entendu donner au juge la mission de se substituer aux représentants légaux de la société, lorsqu'ils n'accomplissent pas les obligations qui découlent du mandat qu'ils ont reçu de la part des souscripteurs ² ; il ne faut pas oublier en effet que la souscription est un contrat synallagmatique imposant des obligations non seulement aux actionnaires, mais aussi aux fondateurs (art. 1372 du Code civ., gestion d'affaire) ³.

Qui peut introduire la demande ? En principe, comme nous le savons, n'importe quel souscripteur, fusse d'une seule action, ses ayants cause en cas de décès, ses créanciers agissant en vertu de l'article 1166 du Code civil, puisqu'il s'agit là de l'exercice d'un droit purement pécuniaire. Et le retrait total des sommes versées devra s'ensuivre.

Ceux qui ont assisté et voté aux assemblées Générales, pourront-ils également s'adresser au président du Tribunal de commerce parce que la non-constitution de la société a une autre cause que celle de l'insuffisance des souscriptions ⁴ ? Par exemple, parce que la majorité a voté contre cette constitution ? Il semble qu'on doit leur permettre, car en souscrivant, ils étaient fondés à croire qu'une majorité se

1. Alexandroff, p. 46.

2. Copper-Royer, p. 704.

3. Houpin et Bosvieux, n^o 656. Lyon-Caen et Renault, n^o 686 *bis*. Goiffon, p. 109. Thaller et Pic, n^o 873.

4. Alexandroff, p. 46.

formerait en faveur de cette constitution, et leur engagement était au fond soumis implicitement à la ratification du projet de société de la part des autres actionnaires ; trompés dans leur attente, ils ont le droit d'obtenir le remboursement de leur versement qui avait été fait sous cette condition.

Quel sera le juge compétent ? Certains ont affirmé qu'il s'agissait du président du Tribunal du lieu du siège social¹, et ceci, par combinaison des articles 3 et 8 du décret. D'autres ont soutenu qu'il s'agissait du président du Tribunal dans le ressort duquel les fonds ont été déposés². Il faut observer qu'en *fait*, il s'agira, la plupart du temps, du même Tribunal. En droit, c'est la deuxième solution qui nous semble exacte ; en effet, suivant la pratique suivie en matière de référé civil antérieurement à la loi du 11 mars 1924, qu'on doit considérer également comme valable depuis cette loi en matière de référé commercial, les parties peuvent s'adresser au Tribunal du lieu où les mesures urgentes doivent être prises ; les fondateurs pourront-ils invoquer l'article 59, alinéa 5 du Code de procédure Civile donnant compétence au juge du lieu du siège social tant que la société existe ? Non, car à ce moment, la Société n'est pas constituée, et nous avons rejeté d'autre part la théorie de la personnalité intérieure de la société avant sa constitution.

Qui pourra être nommé administrateur en référé ? Le décret ne le dit pas ; en principe, ce pourra être n'importe qui, mais en pratique, ce sera généralement un homme d'affaires, juge ou industriel, commissaire aux comptes, administrateur d'une autre société, notaire, etc., peut-être même le notaire qui détenait les fonds, ce qui reviendrait par un détour, à la solution des projets antérieurs.

Peut-être serait-il bon d'étendre à cette hypothèse les incompatibilités et déchéances édictées par le décret-loi du 8 août 1935, relativement aux fonctions de commissaire aux apports (lien de parenté ou d'alliance avec les fondateurs, ou perception d'un salaire versé par eux à l'adminis-

1. Alexandroff, p. 47.

2. Solus, n° 24. Trib. civ. de Romans, 14 mai 1924 : *D. P.*, 1925-2-6.

trateur qui a été nommé, ou enfin au cas où celui-ci a été déchu parsonnellement du droit d'exercer les fonctions de gérant ou d'administrateur ¹⁾).

Quels seront les pouvoirs du juge nommant l'administrateur ?

Lorsqu'il sera saisi d'une demande de restitution des sommes versées, son rôle sera alors de demander aux fondateurs la justification de la constitution de la société par la production des procès-verbaux des assemblées générales, sinon il devra immédiatement rendre son ordonnance. Conformément à l'article 417 du Code de procédure civile modifié par la loi du 11 mars 1924, qui a introduit la procédure de référé dans le domaine commercial, on doit décider que l'ordonnance du président ne devra pas préjudicier au principal : c'est-à-dire qu'elle ne devra pas trancher la question de savoir si la société pourra ultérieurement se constituer (il peut y avoir en effet souscription intégrale, mais échec de la société, parce que les formalités constitutives n'ont pas été poursuivies, ou encore par suite d'un désaccord entre fondateurs et souscripteurs lors de l'assemblée générale ou par impossibilité de réunir une majorité, ou enfin parce que la concession dont l'exploitation constituait le but social a été refusée par le Conseil d'État). Le juge ne pourra pas dire non plus que l'engagement du souscripteur est résolu par le simple fait de la tardivité de la constitution ou de la réalisation de l'augmentation de capital ; c'est, en effet, une question de fond qui l'obligerait, si elle était soulevée devant lui, à se déclarer incompétent ²⁾.

Le président du Tribunal de commerce pourra-t-il accorder aux fondateurs un délai supplémentaire ³⁾ ? Nous manifestons déjà des doutes quant à la possibilité de stipuler conventionnellement un délai supérieur à celui prévu par le décret ; ici, il faut répondre non catégoriquement ⁴⁾ : le texte

1. Solus, p. 193 et ss.

2. Alexandroff, p. 47.

3. Alexandroff, p. 47. Charron, p. 211.

4. En sens contraire, Dolbeau et Cantenot; supplém., 1938, n° 7.

est formel, c'est une faculté pour le souscripteur ¹ d'introduire une demande en restitution, mais non pour le juge qui ne pourra qu'y faire droit ou la refuser, car l'écoulement du délai de six mois, une fois constaté, est la condition nécessaire et suffisante de la demande. Le juge ne pourrait pas non plus ordonner des mesures d'instruction supplémentaires (comme il le peut en droit commun) pour savoir si, par exemple, la société est sur le point d'être constituée.

Caractères de l'ordonnance de référé. — L'ordonnance du président devra être motivée : elle constatera l'expiration du délai et l'impossibilité pour les fondateurs de rapporter la preuve de la constitution.

Elle pourra être déclarée exécutoire sur la minute ².

Mais principalement, et en conformité avec l'article 417 du Code de procédure civile renvoyant aux articles 809 et suivants du même Code, il lui sera interdit de préjudicier au principal ; en effet, l'engagement du souscripteur n'est pas résolu par le seul fait du remboursement, qui n'est qu'une mesure de sécurité rendue nécessaire par suite du long temps écoulé et sans obliger, précisément comme auparavant, le souscripteur à engager une action principale en résolution ³ ; il en résulte que si les fondateurs, poursuivant leurs efforts, parviennent enfin à constituer la société, les souscripteurs seront obligés de reverser ce qu'on leur avait rendu.

Des difficultés se présentent à ce sujet, tenant aux frais de répartition perçus par l'administrateur par voie de rétention, après laquelle la souscription ne sera plus intégrale. Elles devront recevoir, à notre avis, la solution suivante :

a) S'il y avait eu insuffisance des souscriptions, l'appel au public restera ouvert jusqu'à ce que les sommes nécessaires pour couvrir le montant du capital et la rémunération de l'administrateur soient réunies.

b) Si l'émission avait été close (l'échec de la société ayant

1. Bosvieux, p. 24 ; et le retrait devra être total.

2. Article 810 du Code de procédure civile.

3. Alexandroff, p. 46.

eu lieu pour un autre motif), il faudra alors procéder à une nouvelle souscription ; en pratique, cela se produira assez rarement, le capital social étant généralement souscrit au delà du chiffre prévu ; il suffira de tenir compte des frais occasionnés par la procédure inutile qui a été faite, au moment de la répartition définitive des titres.

Poursuivant notre examen des caractères de l'ordonnance du juge, nous sommes amenés à déduire du principe énoncé par l'article 809 du Code de procédure d'autres conséquences.

C'est ainsi qu'au cas où les fondateurs poursuivis feraient la preuve de la constitution de la société, le souscripteur mal informé ne devra pas cependant encourir de condamnation à des dommages et intérêts pour avoir introduit une demande arbitraire.

C'est ainsi également que l'ordonnance du président n'aura pas autorité de force jugée ¹ et ne pourra pas être invoquée dans une instance au principal. D'autre part, celui qui l'a obtenue ne pourra l'exécuter qu'à ses risques et périls, et pourra être condamné à des dommages et intérêts si le Tribunal, statuant ultérieurement au fond, n'adopte pas la solution du juge des référés ¹, et si l'exécution de l'ordonnance obtenue par le souscripteur a causé un préjudice aux fondateurs (retard de la constitution).

Le juge sera bien entendu lié par son ordonnance et ne pourra en rendre une deuxième pour rapporter la mesure ordonnée ².

Mais l'ordonnance de référé présentera tous les caractères d'une décision définitive, quant au remboursement qu'elle aura prescrit, emportant au profit du souscripteur un droit immédiat d'exécution, que le seul recours aux juges du fond de la part des fondateurs serait impuissant à écarter ³.

La décision ainsi rendue ne sera évidemment pas suscep-

1. Req., 4 novembre 1863. *D. P.*, 1864-1-35. Carré et Chauveau, t. VI, question 2754 *ter*. Garsonnet, t. VIII, alinéa 3010, p. 338. Dalloz, rép. génér. (référé), n° 218 et ss.

2. Cass., 20 juin 1928, *G. Pal.*, n° 4, octobre 1928.

3. Cassation civ., 23 mars 1864, *D. P.*, 1864-1-220.

tible d'opposition ¹. Mais sera-t-elle susceptible d'appel ² ? Nous ne voyons pas de motif de déroger ici au droit commun : l'appel pourra donc avoir lieu dans les quinze jours, et devra être jugé sommairement. Ce délai permettra peut-être de parvenir enfin à la constitution définitive de la société.

3^o *Modalités de la restitution des fonds.* — Le dépositaire légal devra remettre ces sommes à l'administrateur nommé, sur le vu de l'ordonnance du président du Tribunal de commerce³, et à notre avis, sur la justification de son identité pour éviter toutes fraudes possibles.

L'administrateur de son côté, procédera à la restitution des fonds appartenant à chaque souscripteur après vérification de l'identité et de la capacité de chacun d'eux ; ce travail lui sera facilité par la liste et l'état des versements que le dépositaire avait en sa possession et qu'il devra lui remettre en même temps que les fonds ; il pourra aussi se servir des listes et états du notaire qui a reçu la déclaration de souscription et de versement, si toutefois les formalités constitutives ont été jusque-là.

Pour plus de sécurité, il devra exiger de chaque souscripteur avant de lui rembourser sa mise, l'exemplaire du bulletin qui lui avait été remis au moment de son engagement.

C'est ici que les principales difficultés vont surgir ; en effet, l'état civil des actionnaires peut avoir été profondément modifié depuis la signature du bulletin (décès, faillite ou liquidation judiciaire, interdiction, mariage, etc.). L'administrateur devra prendre soin de ne restituer les fonds qu'aux personnes juridiquement capables de les recevoir. La restitution aura lieu en principe à celui qui a souscrit et versé, sauf s'il est mort ou est devenu incapable.

1. En sens contraire : Nancy, 22 juin 1934, *G. Pal.*, n° 3, octobre 1934, et Cass., 26 août 1879, *D. P.*, 1880-1-128.

2. Alexandroff, p. 47, qui aurait souhaité une dérogation au droit commun. Dolbeau et Cantenot, suppl., 1938, n° 7 *in fine*.

3. Bosvieux, p. 24.

a) *Décès du souscripteur.* — Dans cette hypothèse l'administrateur nommé en référé remboursera au tuteur de ces enfants mineurs à charge pour celui-ci de faire emploi des fonds dans les trois mois (loi de 1880, art. 6) ou au mineur lui-même, s'il est émancipé, avec l'assistance de son curateur (art. 482 du C^{ode} civil. ¹).

b) *Incapacité survenue depuis la souscription.* — En cas d'internement de l'actionnaire les sommes devant être versées à l'administrateur provisoire désigné selon le mode prévu par l'article 31 de la loi de 1838, alinéa 1^{er} ; si l'interdiction a été prononcée, l'administrateur désigné devra se conformer aux règles générales de la tutelle (art. 509 du C^{ode} civ.) ; et enfin dans l'hypothèse de mise en faillite ou en liquidation judiciaire, ou dans celle de prodigalité constatée, le remboursement aura lieu au syndic ou liquidateur (art. 490 du C^{ode} de com.) ou au prodigue lui-même avec l'assistance de son conseil judiciaire ². Depuis la loi du 18 février 1938, supprimant en principe l'incapacité de la femme mariée, le remboursement des fonds correspondant aux actions souscrites par elle ne donne plus lieu à difficultés.

Pour le dédommager des frais occasionnés par ce travail et en contre-partie de la responsabilité qu'il supporte, l'administrateur retiendra préalablement sur les sommes à distribuer les frais et honoraires qui lui reviennent (art. 1^{er}, al. 8).

Plusieurs auteurs ³ auraient préféré un remboursement effectué directement par le depositaire légal lui-même, à cause des dépenses qu'il entraîne et des lenteurs inévitables de cette procédure. Cependant, on doit observer que le préposé de la Caisse des dépôts et consignations, surtout en province, aurait été mal qualifié pour une pareille mission qui exige des connaissances juridiques précises, comme nous venons de le voir ; quant aux notaires, ils

1. Capitant et Colin, t. I, n^o 549.

2. Mêmes auteurs, t. I, n^o 594.

3. Dalsace, p. 301, proposition sénatoriale du 23 juin 1936.

n'auraient par manqué de réclamer à cette occasion des honoraires aussi et même plus élevés qu'un mandataire de justice. D'autre part, la procédure du référé est une procédure d'urgence, et d'ailleurs simplifiée au maximum, puisque l'ordonnance du Président sera exécutoire par provision et sans caution ¹. Enfin, en cas de remboursement par le dépositaire lui-même, il est à prévoir qu'il aurait craint d'assumer une responsabilité trop lourde en prenant lui-même l'initiative de cette opération par ce simple fait de l'expiration du délai, et qu'il aurait probablement attendu qu'un souscripteur lassé prenne un jugement, comme le faisait le banquier avant le décret, et la procédure eût été encore moins rapide ².

Que faut-il décider dans l'hypothèse, non prévue par le décret, où les fonds n'ont pas encore été déposés chez le notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations (puisque aucun délai n'a été prévu expressément), soit dans le cas d'une insuffisance des souscriptions, soit que les fondateurs les conservent pendant plus de six mois. On a alors soutenu ³ que dans le premier cas les fondateurs pourraient restituer valablement eux-mêmes les sommes déposées entre leurs mains, mais que dans le deuxième cas il incomberait à l'administrateur désigné de les appréhender chez les fondateurs ; pour nous, il n'y a aucune distinction à faire, la procédure prévue par le décret visant essentiellement la protection de l'épargne, l'administrateur devra dans tous les cas reprendre les fonds en espèces chez les fondateurs ou leurs intermédiaires, afin de les distribuer, selon le mode prévu ⁴.

Application en cas d'augmentation de capital. — Les mêmes prescriptions doivent être observées ⁵. Le délai de six mois courra à partir du dépôt de la copie de la déli-

1. Bosvieux, p. 24.

2. Percerou, p. 434 : au cas où le fondateur aurait fait opposition au retrait, la constitution étant presque achevée.

3. Dalsace, p. 301.

4. Solus, n° 24. Bosvieux, p. 24. Charron, p. 211.

5. Solus, n° 25. Charron, p. 210.

bération de l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'augmentation, copie qui, on l'a vu, remplace dans cette hypothèse le dépôt des statuts.

Cependant, le juge compétent sera cette fois-ci celui du siège social, car la société existe et l'article 59, alinéa 7 du Code de procédure civile doit s'appliquer ici, puisqu'il s'agit bien d'une contestation survenue entre associés.

Responsabilité encourue par l'administrateur dans l'exercice de sa mission. — Cette responsabilité peut se présenter de diverses manières ; l'administrateur peut avoir omis une ou plusieurs souscriptions, ou avoir remis les fonds à une personne devenue incapable de les recevoir ; il faudra ici, conformément au droit commun de l'article 1382 du Code civil, prouver une faute à son encontre, faute qui pourra être même légère et qui sera appréciée *in abstracto* puisqu'il est rémunéré pour ce travail. L'administrateur pourra aussi se rendre coupable d'un détournement des fonds qui lui sont confiés ; il suffira alors d'appliquer purement et simplement l'article 406 du Code pénal relatif à l'abus de confiance.

§ 3. — APPRÉCIATION DES DISPOSITIONS DU DÉCRET-LOI DE 1937 CONCERNANT LE RETRAIT DES FONDS

1^o *Retrait après constitution de la société.* — Comme on l'a vu, le retrait a lieu, comme dans tous les projets antérieurs, sur la production des procès-verbaux des assemblées constitutives ; mais on aurait pu reprendre la disposition contenue dans la proposition de M. Bender du 23 juin 1936 (annexe 482), rapportée par M. Lesaché (annexe 514), d'après lequel le notaire dépositaire des statuts pouvait, dès la constitution et même avant, retirer directement les sommes nécessaires au paiement des premiers frais et en particulier des droits d'enregistrement (amendements de MM. Régnier et Lesaché), ces droits étant très lourds, 3 p. 100 sur la partie du capital souscrite en espèces et 12 p. 100 sur la partie représentative d'apports en nature ; ce débours étant trop élevé pour la

fortune personnelle des fondateurs et même du notaire ¹, doit en effet pouvoir être valablement prélevé sur les sommes provenant du premier quart.

On pourrait également reprocher au décret d'avoir fait choix de la Caisse des dépôts et consignations, qui n'est pas qualifiée pour un versement de cette nature, au lieu d'avoir désigné par exemple des établissements de crédit d'une solidité pour ainsi dire absolue, tels que la Banque de France ou le Crédit Foncier ².

Enfin, on aurait pu exiger expressément du notaire qu'avant de rembourser il vérifie la régularité de la tenue des assemblées constitutives.

2° *Retrait en cas d'échec du projet de société.* — C'est ici que les nouvelles prescriptions du décret se révéleront les plus efficaces ; outre qu'elles évitent au souscripteur l'obligation d'intenter comme auparavant une action au principal en résolution de son engagement, l'administrateur désigné en référé sera mieux qualifié qu'un notaire et à plus forte raison qu'un préposé de la Caisse des dépôts et consignations pour s'assurer de l'identité et de la capacité des actionnaires ³.

On a proposé depuis longtemps des modifications au règlement intérieur de cette Caisse ⁴ ; cela ne nous semble pas nécessaire puisque les vérifications auxquelles se livrera l'administrateur exigeront nécessairement un délai assez long.

Il reste une dernière difficulté : les fonds étant déposés au nom de la société en formation, une fois l'échec constaté, sa personnalité morale s'évanouit, et en toute rigueur juridique on doit admettre que les souscripteurs doivent subir le concours des créanciers personnels du dépositaire.

1. Copper-Royer, t. I, n° 66.

2. En ce sens Dalsace, p. 301. Mouret, p. 318 : cet auteur serait partisan d'une extension à d'autres établissements de crédit désignés chaque année par décret rendu en Conseil des ministres.

3. Dolbeau et Cantenot, supplém., 1938, n° 7, préféreraient un remboursement direct aux actionnaires.

4. Mouret, précité.

taire ; nous proposons donc d'admettre, par analogie avec la règle admise dans le cas de faillite d'une personne morale quelconque, que les sommes versées continuent de l'être au nom de la société jusqu'à la fin de la distribution.

TROISIÈME PARTIE

LA DÉCLARATION DE SOUSCRIPTION ET DE VERSEMENT

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES GÉNÉRALES

L'article 1^{er} de la loi de 1867 exige, on le sait, la souscription de la totalité du capital social et le versement minimum du quart sur chaque action de 100 francs et au-dessus et prescrit d'autre part qu'ils soient constatés dans une déclaration faite par-devant notaire soit par le gérant de la société en commandite, soit par les fondateurs dans la société anonyme (art. 1^{er}, al. 9 nouveau reproduisant l'al. 3 ancien), et dans le cas d'augmentation de capital par les administrateurs en fonction.

Quand y a-t-il lieu à déclaration notariée ?

En principe, toutes les fois qu'il y a souscription en espèces d'une partie du capital social : donc, pour les actions de numéraire et aussi pour les actions mixtes¹, dans la mesure où elles sont libérées en argent, en dépit d'une opinion erronée émise par certains auteurs² sous l'empire de la loi de 1867.

Pour la jurisprudence, la déclaration ne serait nécessaire qu'en cas de souscription publique seulement³, mais non en cas d'absorption de tous les titres par un syndicat d'émission. Cependant, et avec raison, la majorité de la

1. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 677. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 706 et ss. Thaller et Pic, n° 912. Arthuys, n° 342.

2. Bouvier-Bangllon, *Traité des sociétés*, p. 57.

3. Cass. civ., 26 février 1880. *D. P.*, 1880-1-268. La Réunion, 16 juin 1876, *S.* 1877-2-1 et note. Lyon-Caen.

doctrine ¹ décide que même dans ce dernier cas, la déclaration par-devant notaire doit être faite ; en effet, la constitution accomplie avec le concours d'un syndicat de banques n'inspire pas plus de confiance que lorsque l'émission a lieu en faisant appel à la masse du public. D'autre part, il faut bien se rappeler que la déclaration notariée n'est pas prescrite seulement en vue de protéger les premiers souscripteurs, mais également dans l'intérêt des futurs cessionnaires des titres ainsi que dans celui des créanciers sociaux. Enfin cette distinction ajoutée au texte de la loi qui n'en fait aucune.

Par qui la déclaration doit-elle être faite ?

a) Dans la société en commandite par les gérants, tout au moins ceux qui ont pris part à la rédaction des statuts ².

Quant aux sociétés anonymes elle incombera, ainsi que l'indique l'article 24 de la loi de 1867, aux fondateurs.

Et c'est au sujet de ce dernier genre de société que des questions délicates vont se poser.

Tout d'abord, dans le cas de constitution primitive, la déclaration doit-elle émaner de tous les fondateurs ?

Pour la jurisprudence ³, la réponse doit être affirmative, tout au moins pour les fondateurs qui ont pris part à la rédaction des statuts. Au contraire, pour certains auteurs ⁴, il suffirait que la déclaration soit passée par l'un ou quelques-uns d'entre eux agissant en vertu d'un mandat tacite des autres, et ceci par application de l'article 1857 du Code civil en considérant le fondateur comme jouant le rôle de gérant d'une association à participation ; pour nous, il ne s'agit là que d'une simple comparaison, la constitution d'une société anonyme étant trop importante pour être laissée à l'initiative d'un seul.

Que faut-il décider dans le cas d'une augmentation de

1. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, t. I, n° 724.

2. Houpin et Bosvieux, n° 678.

3. Paris, 20 novembre 1933, *G. Pal.*, 1934-1-112. Lyon-Caen et Amiaud, n° 706 note Alger, 19 juin 1895, *J. soc.*, 1895, p. 53. Thaller et Pic, n° 916, voir note de M. Hamel sous *D. P.*, 1931-1-97.

4. Copper-Royer, t. I, n° 72.

capital ? En prenant à la lettre l'article 24 appliquant l'article 1^{er} aux sociétés anonymes, la déclaration devrait être faite également par les fondateurs ; mais un tel système est insoutenable, ils peuvent être morts depuis longtemps ; le renvoi de l'article 24 ne vaut que pour la période constitutive, ensuite le rôle du gérant dans la commandite passe aux administrateurs ¹.

b) Ces principes une fois posés, deux questions particulières se présentent à l'esprit.

1^o Dans quelles conditions le Conseil d'administration chargé de réaliser l'augmentation de capital doit-il faire la déclaration, en admettant que tous les administrateurs ne puissent pas se rendre en personne chez le notaire ? Le principe est le suivant : le Conseil d'administration, réuni et délibérant conformément aux statuts, doit réunir l'unanimité de ses membres pour déléguer un ou plusieurs de ceux-ci à l'effet de faire la déclaration notariée ² ; car si les statuts stipulent en général que les actes courants dans une société sont signés seulement par deux administrateurs désignés à cet effet, il s'agit ici d'un acte touchant les actionnaires de trop près, pour qu'on puisse admettre cette règle lorsqu'il s'agit de passer la déclaration de souscription et de versement.

Tout au moins le président du Conseil d'administration devra établir que, en cas d'absence d'un ou de plusieurs administrateurs au moment de la délibération qui avait eu pour but de le déléguer à l'effet de faire la déclaration, tous les administrateurs avaient été auparavant régulièrement et individuellement convoqués à cette délibération (Paris, 20 novembre 1933 ⁴).

2^o En quelle forme la procuration du Conseil d'administration donnée aux membres délégués pour faire la déclaration notariée doit-elle être faite ?

1. Solus, *op. cit.*, n° 28 *in fine*. Dalsace, *op. cit.*, p. 302.

2. Voir références, p. 204, notes 2, 3 et 4.

3. Lyon-Caen et Amiaud, n° 835.

4. *G. Pal.*, 1934-1-112.

C'est un principe de droit commun que la procuration donnée à l'effet de passer un acte authentique doit être faite elle-même en la même forme (Cass. civ. 30 oct. 1928¹) ; et le procès-verbal de la délibération du Conseil d'administration ayant délégué un de ses membres devra lui-même être dressé en la forme authentique, une délibération constatée par acte sous seing privé devant entraîner nécessairement la nullité de la société ou de l'augmentation de capital en cours².

Mais l'authenticité ne sera pas requise pour le procès-verbal de l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation, car le Conseil d'administration ne tient pas de cette assemblée, le pouvoir de déléguer un de ses membres pour passer la déclaration, mais de ses attributions propres.

Devant quel notaire la déclaration doit-elle être faite ?

Avant le décret de 1937 les fondateurs ou les administrateurs pouvaient choisir n'importe quel notaire³, et non pas nécessairement celui qui avait dressé les statuts. Et malheureusement la même solution doit être donnée depuis ; il pourra donc s'agir d'un notaire différent de celui qui a participé à la rédaction de l'acte de société, comme dans la proposition 482, ou de celui qui aura centralisé les fonds versés par les souscripteurs, comme dans le projet 2416.

Comment doit-elle être faite ?

Auparavant la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart pouvait être rédigée en même temps et dans le même acte que le contrat de société⁴, celui-ci n'étant pas nécessairement dressé avant les souscriptions et les versements.

Cette situation a été indirectement, mais certainement modifiée par le législateur de 1937, prescrivant qu'avant toute souscription, les fondateurs devront déposer au greffe

1. G. Pal., 1928-2-842.

2. Cass. civ., 4 mai 1925, G. Pal., 1925-2-89. Houpin, J. soc., 1884, p. 38 et ss., et 1901, p. 5 et ss.

3. Copper-Royer, t. I, n° 75.

4. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 681 bis.

du Tribunal de commerce un projet des statuts ; l'acte de société et la déclaration constatant les souscriptions et les versements étant désormais dressée à des moments différents, ils doivent être nécessairement constatés par des actes distincts.

CHAPITRE II

PIÈCES A ANNEXER A LA DÉCLARATION ET ROLE DU NOTAIRE

Section I. — Avant le décret du 31 août 1937.

§ 1. — PIÈCES A ANNEXER A LA DÉCLARATION

La loi de 1867 modifiée par celle du 1^{er} août 1893 prescrivait d'annexer à la déclaration notariée :

1^o Une liste des souscripteurs et un état des versements effectués. Ces deux pièces pouvaient d'ailleurs être réunies en une seule ¹. L'article 1^{er} d'ailleurs ne parle que de la liste des souscripteurs, c'est l'article 55, alinéa 3 ² qui prescrit (en vue du dépôt au greffe de certaines pièces pour la publication) d'indiquer les nom, prénom, domicile de chacun des souscripteurs, ainsi que le nombre d'actions souscrites par chacun d'eux, de sorte de pouvoir identifier facilement les futurs actionnaires.

C'est pour cette raison également qu'on recommandait d'indiquer séparément les différentes catégories d'actions souscrites, en particulier depuis la loi du 16 novembre 1903, permettant expressément aux sociétés d'émettre des actions de priorité, soit au moment du prélèvement des bénéfices, soit à la dissolution au moment de la répartition de l'actif social.

2^o L'un des doubles de l'acte de société ou une expédi-

1. Houpin et Bosvieux, n° 681. Thaller et Pic, n° 913.

2. Un décret du 30 octobre 1935 prescrit d'amener à l'acte constitutif : deux expéditions de la déclaration notariée, deux exemplaires certifiés de la liste des souscripteurs y annexés, et deux copies des délibérations des assemblées générales dans les cas prévus par les articles 4, 5, 24 et 25 et des rapports établis conformément aux articles 3 et 4.

tion dans le cas où l'acte avait été passé sous seing privé ou chez un notaire, autre que celui qui était choisi pour recevoir la déclaration ; l'autre double devant demeurer au siège social (ces dispositions ont d'ailleurs été reprises intégralement par le décret de 1937). Si l'acte avait été déjà passé devant le même notaire, il suffisait de la mention par celui-ci du dépôt en question.

§ 2. — ROLE DU NOTAIRE ET MOUVEMENT EN FAVEUR D'UNE RÉFORME

Il y a lieu d'étudier ici spécialement quelle était la mission qui incombait au notaire rédacteur de la déclaration.

La doctrine et la jurisprudence étaient unanimes¹ à considérer que la loi de 1867 ne lui avait imposé en aucune façon l'obligation de contrôler l'exactitude des affirmations des fondateurs, concernant les souscriptions ou les versements.

En particulier, le notaire n'avait pas à rechercher si certains engagements avaient été fictifs ou souscrits par des personnes insolvables, ni si les versements avaient, ou non, réellement eut lieu dans l'établissement indiqué dans le bulletin de souscription.

On admettait que son rôle était terminé lorsqu'il avait rappelé aux fondateurs les sanctions civiles et pénales encourues par eux en cas de fausse déclaration².

N'ayant pas à la contrôler personnellement, il n'en garantissait évidemment pas l'exactitude, la vérification en incombant à l'assemblée générale constitutive dans la société anonyme ou au Conseil de surveillance dans les commandites.

1. Thaller et Pic, n° 915. Léouzon-Leduc, *op. cit.*, p. 489. Houpin et Bosvieux, n° 837 et ss. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 706. Arthuys, n° 338. Cass., 1931-1-38. *G. P.*, du 4 mars 1938. Seine, 2 janvier 1896, *J. soc.*, 1896-125 et 14 janvier 1910, *J. soc.*, 1911, p. 373. Lyon-Caen et Amiaud, n° 706, note 2, se prononçaient en faveur du remplacement de la déclaration notariée par une déclaration au greffe avec le reçu du dépositaire des fonds versés (projet de 1903).

2. Thaller et Pic, n° 915.

La responsabilité que pouvait encourir le notaire pouvait se présenter dans différentes hypothèses ¹ :

1^o Si la déclaration était nulle pour vice de forme.

2^o Au cas où il serait personnellement souscripteur ou serait parent d'un actionnaire au degré prohibé (art. 8 et 66 de la loi du 25 Ventôse, an XI).

3^o S'il avait eu connaissance des fraudes commises et à plus forte raison s'il s'en était rendu complice.

4^o Si, ayant accepté de remplir toutes les formalités constitutives, il s'était rendu coupable d'un dol ou d'une faute lourde vis-à-vis des fondateurs ou administrateurs, faute ayant entraîné la nullité de la société et la condamnation de ceux-ci par application des articles 13 et 15 de la loi de 1867.

Donc comme on peut le constater, le notaire rédacteur ne pouvait être incriminé qu'à raison d'une violation de règles générales du notariat, ou dans le cas de mauvaise foi caractérisée ou de faute lourde dans l'exécution d'un mandat librement accepté par lui pour le compte de ses clients ; mais il n'était jamais responsable pour les inexactitudes commises dans la déclaration elle-même, dans le cas où sa mauvaise foi n'était pas démontrée.

Cet état de choses était d'autant plus regrettable que les frais de la déclaration notariée étaient très élevés : en effet, si l'acte de société avait été reçu dans l'étude, il n'y avait lieu à perception que d'un droit fixe (variable suivant les Cours d'appel) ; mais si l'acte avait été reçu dans une autre étude, les honoraires à percevoir étaient égaux à la moitié de ceux qui auraient été perçus sur l'acte de société lui-même ; en particulier à Paris, le tarif était de (décrets du 25 août 1898) :

0,50 p. 100 jusqu'à 500.000 francs de capital social.

0,25 p. 100 de 500.000 à 1 million.

0,125 p. 100 de 1 million à 3 millions.

0,0625 p. 100 au-dessus de 3 millions.

1. Houpin et Bosvieux, n^o 837 à 841. Fuzier-Herman, *Rép. notaire* n^o 2032 et ss. Franck Deysac, *J. des notaires*, 1937, p. 578 et ss.

Ces droits ont d'ailleurs été doublés récemment par un décret du 29 janvier 1934, article 9.

Enfin la déclaration notariée n'étant pas contrôlée par le notaire, ne faisait foi que jusqu'à preuve du contraire des faits qui y étaient constatés.

La pratique avait bien essayé de remédier à cette grave lacune de la loi ; comme nous l'avons dit le notaire rappelait aux fondateurs ou gérant les pénalités auxquelles ils exposaient la société et eux-mêmes, mais ce n'était pas pour effrayer ceux qui avaient l'intention de tourner la loi et qui espéraient bien évidemment échapper aux peines qu'elle prescrivait. Les notaires, depuis 1904 et à Paris en particulier, avaient encore coutume de demander un reçu de l'établissement de crédit dépositaire des fonds versés ¹, précaution platonique également, puisqu'on a vu que le banquier en question pouvait être à la solde des fondateurs, ou peut-être quelquefois même un fondateur lui-même.

Non seulement les déclarations étaient inutiles, elles pouvaient même devenir quelquefois néfastes pour l'intérêt des souscripteurs. Ceux-ci, en effet, étaient parfois faussement rassurés par l'intervention au cours des formalités de constitution d'un officier ministériel en qui ils avaient toute confiance.

Enfin, en dehors des frais exorbitants qu'elle entraînait, la déclaration multipliait à l'excès, les risques de nullité, en disproportion quelquefois avec l'irrégularité commise.

Aussi de toutes parts se manifestaient des projets de réforme d'ailleurs fort différents les uns des autres, dans dans leur esprit.

D'une part, beaucoup d'auteurs se prononçaient en faveur de la suppression pure et simple de cette formalité reconnue inutile ² que l'on remplacerait par exemple

1. Léouzon-Leduc : précité, Paris, 22 mai 1936, *Rev. soc.*, 1936-174 et note de Copper-Royer examinant en détail les obligations qui pouvaient incomber au notaire.

2. Lacour et Bouteron, t. I, n° 440.

par une augmentation de la responsabilité des fondateurs et administrateurs ¹, ou encore par un contrôle exercé soit par l'autorité administrative, soit par l'autorité judiciaire (système des réviseurs ²).

D'autres au contraire continuaient à la considérer comme nécessaire mais à la condition d'une réforme dans le sens d'un renforcement efficace du rôle du notaire, rôle plus actif qu'antérieurement. Par exemple, MM. Colin et Nouel ³ préconisaient un système dans lequel le notaire devrait constater l'identité et la capacité des fondateurs, vérifier l'exactitude de leurs déclarations en exigeant le bulletin de souscription, et le reçu de la banque de dépôt, assister aux assemblées constitutives et en dresser procès-verbal authentique. Au besoin les tarifs de notaire seraient abaissés.

D'après le projet de 1903, la déclaration notariée devait être remplacée par une déclaration signée des fondateurs, et déposée au greffe du Tribunal de commerce en même temps que le reçu de l'établissement auquel les fonds auraient été versés ⁴.

Section II. — Depuis le décret de 1937.

C'est dans ce dernier sens que se sont tournés les projets antérieurs au décret.

Celui-ci exige en effet que la constatation des souscriptions et du montant des versements ait toujours lieu dans une étude de notaire.

Sous-section I. — Pièces annexées.

1^o Le décret exige désormais que le notaire qui rédige la déclaration se fasse à l'avenir représenter les bulletins

1. Léouzon-Leduc, précité.

2. H. Solus, *Annales de dr. com.*, 1923, t. XXXII, p. 309.

3. Dans leur ouvrage, p. 215 et ss. et *Ann. droit. com.*, 1911, p. 380, et critique de M. Juliot de la Morandière.

4. Analyse de ce projet dans Mouret, *Rec. Académie de Toulouse*, 1903, p. 319 et ss. qui insiste sur le rôle inutile du notaire.

de souscription et un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds (art. 1^{er}, al. 11).

Ce qui était auparavant facultatif est maintenant devenu obligatoire.

Auparavant le notaire vérifiait la liste des souscriptions et même les bulletins ainsi que l'état des versements, mais cela était au fond inutile, les souscripteurs pouvant être imaginaires et les reçus, des reçus de complaisance, surtout de la part des petites banques ; par ailleurs, comme l'a fait observer M. Lesaché au Sénat le 17 juillet 1936 ¹, les grandes banques ne se prêtaient généralement pas à la fraude, mais comment faire le départ entre les établissements de crédit sérieux et les autres ?

Depuis le nouveau décret, les bulletins de souscription donnent maintenant une garantie sérieuse aux actionnaires, puisqu'on doit leur en laisser obligatoirement un exemplaire et qu'on ne voit pas comment les fondateurs pourraient les induire en erreur autrement qu'en faisant de faux bulletins.

D'autre part, les souscripteurs trouveront un autre motif de sécurité dans la remise d'un reçu du dépositaire des fonds au notaire rédacteur de la déclaration, tant au point de vue de la réalité des versements qu'à celui de leur maintien à la Caisse des dépôts et consignations ou chez le notaire jusqu'à la constitution définitive, étant donné la force probante qui s'attache à leurs affirmations.

2^o Les fondateurs doivent remettre au notaire une liste des souscripteurs et un état des versements faits par chacun d'eux (art. 1^{er}, al. 12).

Ces listes et états devront concorder avec ceux du notaire ou du préposé à la Caisse des dépôts et consignations ; cependant, pour certains auteurs ², le notaire rédacteur de la déclaration de souscription et de versement n'aura pas à se les faire remettre par le dépositaire légal, il pourra se contenter de l'affirmation des fondateurs qu'ils sont conformes à ceux qu'ils lui remettent.

1. *J. O.*, 1936, déb. parlem., p. 718.

2. Bosvieux, p. 213, pour Dolbeau et Cantenot, supplém., 1938, n^o 7, il y a là un double inutile.

3° Enfin le nouveau décret a prescrit dans son alinéa 12 la production au notaire lors de la déclaration d'un des doubles ou de l'expédition de l'acte de société, s'il a été déposé ou passé chez un notaire autre que celui qui reçoit ladite déclaration ; il n'a fait en cela que reprendre les dispositions de l'alinéa 3 ancien de l'article 1^{er} de la loi de 1867.

Sous-section II. — Rôle du notaire et étendue de sa mission.

§ 1. — QUEL SERA EXACTEMENT SON RÔLE DEPUIS LE DÉCRET DE 1937 RELATIVEMENT AU DÉPÔT ENTRE SES MAINS DES LISTES ET ÉTAT AINSI QUE DES BULLETINS ET DU REÇU DU DÉPOSITAIRE ?

Les discussions législatives qui ont précédé la rédaction des projets antérieurs montrent nettement l'intention du législateur de le faire sortir de son rôle passif (Sénat, séance du 17 juillet 1936, observation de M. Lesaché ¹).

Par conséquent, il nous semble que le notaire devra désormais se livrer aux constatations suivantes ² :

1° *Vérification des énonciations des bulletins de souscription.*

Il devra s'assurer que toutes les mentions prescrites y ont été portées effectivement : raison sociale, siège social, objet de la société, références en cas d'émission publique au *Balo*, où a été publiée la notice exigée par la loi du 30 janvier 1907. A propos de cette dernière mention en particulier, il devra exiger des fondateurs ou administrateurs qu'ils lui remettent au moment de la déclaration le numéro du *Balo* dans lequel cette publicité a été faite.

Il devra s'assurer d'autre part que le montant du capital social porté sur les bulletins concorde bien avec la liste des souscripteurs et l'état des versements ³ et par là il pourra constater que le capital a été entièrement sous-

1. Voir aussi Defrénois, *Répert. génér. du Notariat*, 1937, p. 605 et ss.

2. Dolbeau et Cantenot, suppl. 1938, n° 9.

3. Solus, n° 27.

crit et que le quart a bien été versé sur chaque action. A ce sujet, une difficulté se présente : devra-t-il être tenu pour responsable s'il a omis de tenir compte des nouvelles dispositions du décret concernant l'application dans le temps de l'exigence concernant le taux minimum des actions ? On sait que celui-ci doit être d'au moins 100 francs quel que soit le montant du capital, et nous avons examiné dans un chapitre antérieur les divergences des auteurs sur le point de savoir si ce nouveau chiffre devait s'appliquer immédiatement aux sociétés déjà existantes au jour de la promulgation du décret, ou si au contraire, ces sociétés pouvaient conserver leurs anciennes actions d'un taux inférieur au chiffre maintenant exigé ? A notre avis, le notaire se trouvera là en face d'une question qui sort de sa compétence ordinaire, et du reste on admettait déjà antérieurement qu'il ne devait pas être déclaré responsable en cas d'erreur sur une question ou sur une clause dont la validité est contestée en doctrine ou en jurisprudence, ce qui est le cas. Ce sera à l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation de capital à prendre la responsabilité de trancher une pareille question.

Enfin, grâce à l'indication figurant sur les reçus délivrés aux fondateurs par le dépositaire des fonds, le notaire verra si la mention 6 concernant la rédaction du bulletin a bien été observée.

2^o *Vérification de la concordance entre le bulletin et le certificat du dépositaire des fonds* ¹.

C'est ainsi qu'il constatera, au moins en bloc, la réalité des versements effectués, eu égard aux engagements des souscripteurs.

Au cas où les fonds auraient été déposés chez lui, il sera, bien entendu, inutile de délivrer un certificat ; il lui suffira de viser le reçu qu'il aura délivré au fondateur ou, suivant le cas, à chacun des souscripteurs, et d'en faire mention dans la déclaration elle-même ².

1. Dalsace, p. 303. Solus, n^o 27 *in fine*.

2. Copper-Royer, *op. cit.*, p. 706.

3° *Pointage des bulletins avec la liste des souscriptions et l'état des versements* ¹, comme cela se faisait déjà auparavant.

On voit par là que le notaire ne devra plus se contenter de transcrire passivement ce que lui dicteront les fondateurs et qu'il devra au contraire s'efforcer de contrôler autant que possible la sincérité des opérations constitutives qui ont été accomplies jusque-là. Il est temps maintenant de se demander dans quelle mesure toutes ces vérifications que nous venons d'examiner seront efficaces et jusqu'à quel point ?

a) Et tout d'abord pourra-t-il s'assurer autrement que par les bulletins de souscription de la réalité des versements ? Ce sera difficile, surtout au cas où le dépôt des sommes versées aura eu lieu ailleurs que chez lui, et à plus forte raison si les fondateurs ont gardé, comme ils le peuvent, les fonds entre leurs mains jusqu'à la veille de la déclaration notariée ², comment en effet savoir dans cette hypothèse si le versement a bien eu lieu sur chaque action souscrite ? Le reçu du dépositaire n'indique en effet que la somme totale qu'on lui a versé ; quant aux listes et états qu'on lui a remis en même temps, ils ont pu être dressés par les fondateurs selon leur fantaisie : si, en effet, il leur est impossible de donner les noms de souscripteurs imaginaires ou insolvables du fait qu'ils doivent remettre en même temps au notaire les bulletins de tous les souscripteurs, par contre il leur est toujours possible d'indiquer dans l'état des versements des chiffres inventés de toutes pièces, puisque les bulletins de souscription, et c'est là une lacune, ne doivent pas mentionner obligatoirement la somme versée par chacun de ceux qui les ont signés.

b) D'autre part, le notaire devra-t-il maintenant s'assurer de l'identité et de la capacité des souscripteurs ?

De droit commun il doit toujours être déclaré respon-

1. Charron, p. 214 et observation de M. Lesaché : Sénat, 22 février 1934, p. 154.

2. Charrou, *op. cit.*, p. 214.

sable dans le cas où, ne connaissant pas l'individualité des parties présentes, il ne se l'a pas fait certifier par deux témoins certificateurs conformément à la loi du 25 Ventôse an XI.

Quant à la capacité des parties, les commentateurs du nouveau décret décident en général qu'en principe le notaire n'a pas à s'en assurer¹. Cependant, s'il s'aperçoit en vérifiant les bulletins de souscription, que certains souscripteurs sont incapables (il faut pour souscrire la capacité de s'obliger lorsque les actions ne sont pas immédiatement libérées pour le tout) il devra demander aux fondateurs la régularisation de ces causes de nullité de la société²; en effet, dans le cas où un ou plusieurs engagements des souscripteurs sont nuls le capital social n'est plus, par là même, intégralement souscrit et le notaire en rédigeant la déclaration d'une telle société s'associerait à sa constitution irrégulière et pourrait être déclarée pénalement et solidairement responsable avec les fondateurs du chef des articles 13 et 42 de la loi de 1867.

De même on devra raisonner d'une manière semblable lorsque le seul examen des bulletins ou des listes et états remis au notaire révèle une irrégularité quelconque (théorie des vices apparents³). C'est ainsi qu'il serait responsable si l'une des mentions du bulletin de souscription exigé par l'alinéa 4 du nouveau décret avait été omise ou rédigée d'une façon défectueuse, mais non pour certains auteurs pour les erreurs ou lacunes qui auraient pu se glisser dans la rédaction des statuts⁴, lorsqu'ils ont été reçus par lui pour être annexés ensuite à la déclaration : mais ici également il sera de son devoir de signaler aux fondateurs les erreurs commises par eux dans l'acte de société, lorsque ces erreurs sont faciles à découvrir.

Le notaire aurait-il le droit de refuser de recevoir la

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 26. Charron, p. 214 avec des restrictions. Dolbeau et Cantenot, suppl. 1938, n° 9.

2. Charron, précité. Bosvieux, p. 27.

3. Bosvieux, p. 27.

4. Même auteur.

déclaration si les irrégularités signalées par lui n'ont pas été réparées ?

Le texte étant muet sur cette question, on doit donner ici la solution déjà admise antérieurement ¹, qui fait du notaire le rédacteur passif des affirmations des fondateurs ; c'est d'autant plus regrettable que le notaire risque d'être déclaré complice de la constitution irrégulière de la société puisqu'il ne pourra pas se faire couvrir par une décharge des fondateurs et qu'il sera en quelque sorte déclaré responsable malgré lui.

Le notaire, bien entendu ne pourra pas garder les reçus ni les listes et états qui lui sont représentés, il les remettra aux fondateurs ou aux administrateurs après les avoir visés ou y avoir apposé son paraphe ².

§ 2. — RÔLE QUI INCOMBE AU NOTAIRE DU FAIT DE LA RÉCEPTION DU DOUBLE OU DE L'EXPÉDITION DE L'ACTE DE SOCIÉTÉ.

On sait que cette disposition a pour but de permettre aux fondateurs de procéder ultérieurement aux formalités de publicité de la société : dépôt au greffe du Tribunal de commerce dans le mois de la constitution de deux originaux ou de deux expéditions de l'acte de société, selon qu'il est notarié ou sous seing privé, ainsi que celui des copies certifiées des délibérations des assemblées générales prévues par les articles 4, 5, 24 et 25 de la loi de 1867 modifiés par un décret-loi du 30 octobre 1935 (art. 55 nouveau de la loi de 1867).

Le notaire devra-t-il se faire délivrer une expédition du projet qui a été déposé au greffe pour voir si les fondateurs n'y ont pas apporté de changements clandestins depuis que les souscriptions ont été recueillies, ou au contraire l'affirmation des fondateurs que le texte des

1. Charron, p. 214.

2. Bosvieux, p. 27. Charron, p. 214.

statuts qu'ils lui remettent est bien conforme au projet qu'ils avaient déposé ?

Pour notre part, le notaire devra demander une copie des statuts au greffe ¹, ce qui lui sera facile d'ailleurs, et ce qui rendra plus efficaces les nouvelles dispositions du décret relatives à l'obligation pour les fondateurs de déposer ce projet au greffe avant toute souscription.

Que devra-t-on décider lorsque des irrégularité ou des causes de nullité se sont glissées dans la rédaction des statuts au moment de leur dépôt au greffe du Tribunal de commerce ?

Une partie de la doctrine affirme que le notaire ne doit encourir aucune responsabilité s'il n'a pas pris part à leur rédaction comme conseil des parties ².

D'autres au contraire ³ font une distinction : pour les formalités constitutives prévues pour les sociétés en commandite par l'article 7 et pour les sociétés anonymes par l'article 41 de la loi de 1867, le notaire devrait avant de rédiger la déclaration mettre les fondateurs ou gérants en demeure de réparer les causes de nullité qui se seront glissées dans leur accomplissement : par exemple l'indication d'actions d'un taux inférieur à 100 francs, versement inférieur au quart, négociations des titres avant ce remboursement minimum, mise au porteur avant la libération intégrale, ou encore apports en nature ou avantages particuliers non vérifiés par des assemblées générales tenues irrégulièrement ou par des commissaires frappés par l'une des déchéances prévues par le décret du 8 août 1935. Au contraire, pour les irrégularités ne viciant pas la constitution de la société, par exemple celles commises au cours des formalités de publicité, le notaire ne pourrait refuser de rédiger la déclaration, il lui suffira de

1. Charron, p. 213, se prononce pour la négative en s'appuyant sur les difficultés pratiques soulevées et sur ce fait qu'il suffira de l'affirmation des fondateurs.

2. Bosvieux, p. 27.

3. Charron, p. 215 en haut.

signaler ces causes de nullité aux fondateurs pour dégager sa responsabilité.

*Section III. — Quel sera le contenu matériel
de la déclaration notariée ?*

Quoique le décret ne le dise pas, il semble que le notaire devra déclarer explicitement qu'il s'est fait représenter par les fondateurs toutes les pièces prévues ; mais une difficulté se présente au point de vue fiscal ¹. Cette relation dans un acte authentique de pièces constatant des engagements synallagmatiques et des transferts de propriété obligera-t-elle les fondateurs à les faire enregistrer et à payer les droits de mutation correspondants ? Il ne le semble pas car, comme on l'a fait remarquer ³, cette déclaration n'aboutit qu'à parfaire les formalités légales et à concourir à la constitution régulière de la société.

1. Charron, p. 213. Bosvieux, p. 26.

2. Cass., 24 décembre 1894, *J. E.*, 24-512.

CHAPITRE III

SPHÈRE D'APPLICATION DU DÉCRET-LOI DE 1937 CONCERNANT LA DÉCLARATION NOTARIÉE

Section I. — Application du décret dans le temps.

A ce sujet, nous avons vu¹ que devait se plier à toutes les dispositions nouvelles (dépôt des statuts au greffe, bulletins de souscription, versements chez un dépositaire légal) toute société prévoyant qu'il lui serait impossible de faire la déclaration notariée avant l'entrée en vigueur du décret.

Si les fonds provenant des souscriptions avaient été déposés chez un banquier en vertu de la liberté antérieure, les fondateurs devront, à notre avis, les retirer pour faire le dépôt selon les nouvelles dispositions.

Section II. — Application en cas d'augmentation de capital.

§ 1. — TOUT D'ABORD IL EST ÉVIDENT QUE LES NOUVELLES DISPOSITIONS DEVRONT RECEVOIR ICI ÉGALEMENT L'APPLICATION.

D'ailleurs le décret a consacré expressément l'assimilation déjà faite auparavant par la jurisprudence, entre la constitution primitive et les augmentations ultérieures de capital social².

Donc, avec la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart, les fondateurs devraient remettre

1. *Supra*, p. 78.

2. Solus, n° 28. Dolbeau et Cantenot, supplém., 1938, n° 12.

les bulletins de souscription correspondants, avec un certificat du dépositaire des fonds, les listes et états des versements faits par chacun des actionnaires ; aux lieu et place des statuts, les fondateurs devront remettre la copie certifiée du procès-verbal de l'assemblée générale¹ ayant décidé l'augmentation et ayant voté en même temps sous condition suspensive les modifications statutaires correspondantes, ou en cas de délégation par les statuts originaux, la copie certifiée de la délibération du Conseil d'administration augmentant le capital dans les limites prévues. Dans cette hypothèse, le notaire pourra vérifier la bonne rédaction des modifications décidées, et leur conformité avec le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale déposé au greffe avant les souscriptions.

Quant aux rôle et mission du notaire, il suffit de se reporter à ce que nous avons dit à ce sujet dans le cas de la constitution primitive. En particulier devra-t-il vérifier si les assemblées générales ou la délibération du Conseil d'administration ont été régulières ? Là, comme ailleurs, il ne sera responsable des irrégularités commises que lorsqu'elles seront apparentes, et il devra alors les signaler aux administrateurs.

§ 2. — LE DÉCRET DE 1937 PRESCRIT SPÉCIALEMENT DANS SON ALINÉA 10 QUE LE GÉRANT DEVRA INDiquer SÉPARÉMENT, EN CAS D'AUGMENTATION DE CAPITAL, LA PART RÉALISÉE EN NUMÉRAIRE ET CELLE RÉALISÉE EN ACTIONS.

Le législateur a ainsi reconnu expressément valable la pratique antérieure de la libération par compensation² ;

1. Bosvieux, p. 36, pour Dolbeau et Cantenot, précités, ni le dépôt des statuts ni celui de la délibération de l'assemblée générale ne sera nécessaire, car c'est le même être moral qui procède à l'augmentation comme à l'émission primitive et en vertu *des mêmes statuts* : mais est-ce exact lorsque l'augmentation entraîne des modifications statutaires ?

2. Dolbeau et Cantenot, suppl. 1938, n° 12 : les actionnaires et les tiers seront ainsi renseignés sur la quantité « d'argent frais » qui rentre.

il faudra, bien entendu, les conditions ordinaires de ce mode de paiement : créance du souscripteur contre la société du moment où elle est à la fois certaine, liquide et exigible lorsque le versement qu'elle remplace devrait avoir lieu ¹. Il y a ici novation dans la nature juridique du lien qui unissait le créancier à la société, il devient désormais un associé, et il sera obligé de subir, s'il y a lieu, le recours des créanciers sociaux au lieu de venir en concours avec eux ². Cette transformation a toujours présenté de nombreuses possibilités de fraude, car il s'agit là au fond d'un apport en nature dispensé des formalités de vérification et d'approbation prévues par l'article 4 de la loi de 1867 ; les administrateurs ont d'ailleurs la faculté de faire cette transformation en suivant précisément la procédure de l'article 4. Mais ils s'en garderont bien s'ils ont l'intention de faire souscrire le nouveau capital par des créanciers douteux ou imaginaires. Quelle sera alors la garantie des actionnaires ? Spécialement, le notaire chargé de rédiger la déclaration devra-t-il vérifier sous sa responsabilité si la créance du futur associé équivaut bien à un paiement en espèces ? /

Malgré les efforts du législateur pour transformer le rôle du notaire, il semble que l'obligation pour lui de se livrer à une pareille investigation dépasserait à la fois la lettre et l'esprit du décret de 1937.

Il y a cependant là une lacune que les commentateurs ont cherché à combler tant bien que mal ; c'est ainsi qu'on a proposé un système dans lequel le notaire devrait demander aux commissaires aux comptes de lui donner tous les apaisements à cet égard ³ ; solution excellente, car ces commissaires sont les mieux qualifiés pour cette opération, étant parfaitement au courant du passif ou de l'actif de la société, donc de la nature et des conditions

1. Voir sur le jeu de la compensation, *infra*, p. 13 et ss.

2. Thaller et Pic, n° 906. Houpin et Bosvieux, t. II, n° 872. Dalsace, p. 302. Solus, n° 28.

3. Bosvieux, *op. cit.*, p. 36.

des dettes qu'elle peut avoir envers les tiers ; ces indications ne seront d'ailleurs données par eux qu'à titre de simple renseignement, et ne pourront en aucun cas engager leur responsabilité, la loi ne leur imposant pas cette mission supplémentaire.

La jurisprudence également a fait des efforts en ce sens, et on peut relever à cet égard un arrêt très intéressant de la Cour d'appel de Paris du 18 juillet 1938¹ ; cet arrêt commence par affirmer que c'est aux administrateurs en fonction qu'il incombe de se renseigner exactement sur le jeu possible de la compensation : la solution nous paraît exacte en tant qu'il y a lieu d'appliquer à ces administrateurs les pénalités des articles 13 et 15 de la loi de 1867, mais quant à ce qui concerne la compensation elle-même, c'est confier la surveillance de son jeu normal à ceux qui pratiquent le plus souvent la fraude, car les souscriptions fictives sont généralement le fait des administrateurs eux-mêmes. Il est vrai qu'ils sont passibles d'une action sociale, mais le but du décret est, comme on le sait, d'établir le système préventif.

L'arrêt reproche ensuite aux administrateurs en cause d'avoir fait confiance à ce sujet au notaire rédacteur de la déclaration notariée : solution exacte également, mais qui prouve bien que, en dépit de la déclaration notariée telle qu'elle a été réformée, par le décret de 1937, les fraudes continuent à sévir et que le contrôle du notaire est encore plus théorique que réel.

L'arrêt poursuit en déclarant que les administrateurs poursuivis du chef des articles 13 et 15, ne sauraient invoquer, pour dégager leur responsabilité, l'impossibilité où ils étaient, de découvrir le défaut de libération de certaines souscriptions ; il s'agit donc ici d'une présomption légale de faute édictée à l'encontre des administrateurs en fonction au moment de l'augmentation de capital, présomption d'ailleurs justifiée puisque leur qualité de représentants de la société les oblige à se tenir au courant

1. *G. Pal.*, n° du 9 août 1938, sous note *d.*

de tout ce qui intéresse les intérêts de leur société.

Pour notre part, nous croyons que logiquement, la mission de contrôler la régularité de la compensation incombe à l'assemblée générale constitutive ou au conseil de surveillance chargé de vérifier la sincérité de la déclaration notariée.

Peut-être pourrait-on imaginer un système dans lequel cette assemblée, sur la demande de la majorité des actionnaires, aurait le pouvoir de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes avec mission d'effectuer le contrôle afférent à la libération par compensation ; mais il est à craindre que les actionnaires ne se désintéressent de cette question, comme de la plupart de celles qui sont agitées dans les assemblées générales, et qu'ils ne votent les yeux fermés la régularisation de l'augmentation de capital effectué, faisant ainsi confiance aux administrateurs en fonction.

Finalement la garantie dans ce domaine sera toujours illusoire ; les souscriptions fictives du fait de créances imaginées pour les besoins de la cause ou ne présentant pas les conditions requises auront toujours cours comme par le passé ¹.

§ 3. — LE NOTAIRE QUI RÉDIGE LA DÉCLARATION DEVRA-T-IL, D'AUTRE PART, VÉRIFIER SI LES FORMALITÉS DU DÉCRET-LOI DU 8 AOUT 1935 RELATIVES AU DROIT DE SOUSCRIPTION PAR PRÉFÉRENCE ACCORDÉE AUX ANCIENS ACTIONNAIRES ONT ÉTÉ BIEN REMPLIES ?

On sait que ce décret ² accorde aux anciens actionnaires, nonobstant toutes dispositions contraires des statuts, le droit de préférence proportionnellement au montant des actions qu'ils possédaient, tant à titre irréductible, qu'à

1. Pour Dolbeau et Cautenot, suppl. 1938, n° 8, il n'y aura aucun dépôt à faire lorsque toute la nouvelle émission reviendra à une transformation de créances en actions.

2. Sur toute cette question, voir M. Solus, *op. cit.*, n° 327 à 350.

titre réductible sur les actions représentatives d'une émission en numéraire.

Pour certains, le notaire devra s'abstenir de rédiger la déclaration si les anciens actionnaires n'ont pas été mis à même d'exercer leurs droits préférentiels¹.

Pour nous la question est la suivante : Le notaire est-il obligé de vérifier l'accomplissement des formalités du décret du 8 août, ou si seulement, et par analogie avec la solution que nous avons admise relativement à la constatation de l'identité et de la capacité des souscripteurs, ne devra-t-on le considérer responsable que si, *la violation des prescriptions de ce décret étant apparente*, il ne l'a pas signalée aux administrateurs ?

C'est cette dernière solution qui, à nos yeux, est la bonne ; le notaire, en dépit de la nouvelle réforme du décret de 1937, n'est pas tenu de surveiller tous les actes des sociétés, il n'est encore qu'un organe exceptionnel de leur constitution.

Il est juste d'ajouter d'ailleurs que les irrégularités commises dans ce domaine par les administrateurs apparaîtront généralement au notaire à un examen superficiel ; en effet le bulletin de souscription indique expressément en cas d'augmentation de capital, que l'ancien actionnaire propriétaire de cent actions par exemple, aura le droit d'en souscrire le même chiffre à titre irréductible, et en cas d'existence de « rompus », à titre réductible, proportionnellement à sa part dans le capital et dans la limite des demandes.

A l'occasion, le notaire pourra demander à celui de ses confrères qui a reçu la déclaration de souscription et de versement au moment de la constitution primitive de lui communiquer la liste des anciens actionnaires.

Pareillement, il sera facile au notaire de voir si la publicité requise par le décret du 8 août a été faite, c'est-à-dire insertion dans un journal d'annonces légales du siège social d'un avis faisant connaître aux actionnaires leur

1. Charron, p. 214 et *J. soc.*, 1936, p. 15.

droit préférentiel, les dates d'ouverture et de clôture de l'émission, ainsi que le taux d'émission des nouvelles actions, et d'autre part, publication au *Balo* de la notice de la loi de 1907 lorsqu'il s'agit d'une émission publique, ou dans le cas contraire, avis individuel par lettre recommandée dans les trois jours de l'insertion au journal d'annonces légales du siège social. Il lui suffira pour cela d'exiger des administrateurs la présentation des numéros de ce journal et du *Balo* où a été publiée la notice obligatoire.

Enfin un délai minimum de quinze jours est exigé pour la souscription, à partir de la publication dans le journal d'annonces légales, dont la date figure sur le bulletin de souscription.

De même, en cas de dérogation au droit préférentiel de souscription, il sera facile au notaire de vérifier si les conditions auxquelles elle est soumise ont été respectées : réunion d'une assemblée générale délibérant aux conditions de quorum et de majorité de l'article 31, alinéas 4 et 5, après dépôt préalable d'un rapport des gérants ou du Conseil d'administration indiquant en particulier les motifs de l'augmentation de capital et les personnes auxquelles seront attribuées les actions nouvelles, et enfin indication dans un rapport spécial à l'assemblée générale du Conseil de surveillance ou des commissaires aux comptes de la question de savoir si les bases de calcul dont se sont servis les gérants ou le Conseil d'administration dans leur rapport préalable leur paraissent exactes et sincères.

CHAPITRE IV

SANCTIONS DES RÈGLES RELATIVES A LA DÉCLARATION NOTARIÉE

Section I. — Sanctions de droit commun.

Comme pour les autres dispositions du décret de 1937 et par combinaison des articles 1 et 7 de la loi de 1867, la sanction des irrégularités commises soit dans la déclaration notariée elle-même, soit dans les pièces y annexées, sera la nullité de la société ou de l'augmentation de capital projetée, selon le cas.

Cette nullité sera encourue en particulier au cas où les bulletins de souscription ou les reçus des dépositaires n'auraient pas été présentés ou seraient défectueux, ou encore si la part de capital réalisée par voie de transformation de créances en actions n'a pas été indiquée.

Toujours pour les mêmes raisons, on doit faire application ici de l'article 8, alinéa 1^{er}, et de l'article 42, aux termes duquel les premiers organes sociaux ou en fonction au jour de l'augmentation de capital seront responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant pour eux de l'annulation de la société.

Cette nullité pourra, bien entendu, être invoquée par tout intéressé (nouveaux actionnaires, créanciers sociaux), et surtout par les anciens actionnaires qui ont le plus grand intérêt à ce que ceux qui partageront désormais avec eux les bénéfices annuels soient des souscripteurs sérieux et solvables, et qu'ils se soient bien libérés réellement du montant de leur souscription.

Par ailleurs, les régularisations prévues par les lois de

1867 et de 1893 modifiées par les décrets-lois du 30 octobre 1935 pourront couvrir toute cause de nullité, conformément aux conditions que nous avons déjà étudiées précédemment. Il faut d'ailleurs distinguer selon que la cause de nullité provient de la non-représentation d'une des pièces exigées ou si elle provient de souscriptions fictives ou de versements irréguliers ; dans le premier cas les fondateurs devront faire une nouvelle déclaration notariée régulière et convoquer une nouvelle assemblée générale pour le vérifier ; dans le deuxième cas, il faudra, en plus, souscrire et libérer les titres irréguliers, et refaire une nouvelle liste et un nouvel état à annexer à la déclaration.

D'autre part, on appliquera ici la nouvelle disposition du décret-loi du 30 octobre 1935, « si, pour couvrir la nullité, une assemblée générale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus recevable à partir de la date de convocation régulière de cette assemblée » ; or, il y a bien ici une assemblée à convoquer, c'est celle qui est chargée de vérifier la sincérité de la déclaration. Donc, après avoir refait une déclaration notariée, régulière, il faudra lancer au plus vite les convocations à l'assemblée pour éviter toute demande en nullité.

Mais les sanctions civiles ne sont pas les seules en la matière, et on doit décider que seront passibles d'une amende de 500 à 10.000 francs tous ceux qui auront participé à l'émission des actions d'une société dont la déclaration notariée et les pièces y annexées n'auront pas été faites correctement, et ceci en vertu de l'article 13 de la loi de 1867.

Section II. — Décret du 8 août 1935, délit de fausse affirmation dans la déclaration notariée
(art. 15, al. 1^{er} de la loi de 1857 nouveau).

Enfin pour être complet, il faut signaler le nouveau délit créé par le décret du 8 août 1935 et incorporé par celui-ci en tête de l'article 15 de la loi de 1867. « Sont

punis des peines de l'article 405 du Code pénal ¹ ceux qui, dans la déclaration notariée, visée à l'article 1^{er}, ont affirmé sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou ont déclaré de mauvaise foi que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés. »

Jusqu'ici les fausses affirmations dont les fondateurs ou administrateurs sont rendus responsables au cours de la déclaration notariée n'étaient punies que s'il y avait escroquerie caractérisée ², avec mise en scène, manœuvres frauduleuses, emploi de faux noms, de fausses qualités, etc... ; et il a été jugé que la déclaration mensongère devant notaire de la souscription intégrale ou du versement du quart n'ayant exercé aucune influence sur le cours des actions n'était pas constitutive du délit d'escroquerie, au sens de l'article 405 ³.

On sait d'autre part, que les fausses déclarations de souscription ou de versement faites lors de la déclaration notariée par les fondateurs ou administrateurs n'étaient pas réprimées par l'article 15, qui ne prévoyait de sanctions qu'au cas où la simulation de souscription avait été faite en vue d'obtenir d'autres souscriptions, ce qui n'est pas le cas dans la déclaration notariée.

Maintenant au contraire, les peines de l'article 405 sont prononcées simplement pour une affirmation inexacte commise dans la déclaration : peines du reste aggravées par deux décrets-lois du 16 juillet 1935 ⁴.

1. Ces pièces, pour Constantin et Gautrat, *op. cit.*, p. 258, sont complémentaires, le juge pourra donc n'en prononcer qu'une.

2. Solus, n° 79. Goyet, *Lois Nouvelles*, 1936, p. 128.

3. Certains auteurs ont proposé d'appliquer, antérieurement au décret-loi, les peines du faux en cas de déclaration inexacte : Tchernoff, *Traité de droit pénal des sociétés*, t. I, n° 192 ; Constantin et Gautrat, p. 251 ; Percerou, sous Douai, 15 juillet 1910. *D. P.*, 1911-2-25.

4. Peine de prison portée à dix ans maximum au lieu de cinq ans, et amende pouvant aller jusqu'à 50.000 francs au lieu de 10.000 francs antérieurement. Solus, *op. cit.*, p. 76.

§ 1. — QUELS SONT LES ÉLÉMENTS DU DÉLIT?

1° Il y a délit de fausse affirmation lorsque les fondateurs auront annoncé sincères et véritables des souscriptions qui étaient en réalité fictives : nous avons vu plus haut ce qu'il fallait entendre par là (p. 97 et ss.)¹.

2° Et d'autre part lorsqu'ils auront déclaré que des versements qui n'ont pas été effectivement mis à la disposition de la société l'ont été en réalité.

Quand pourra-t-on dire qu'un versement n'a pas été mis à la disposition de la société²?

Il pourra s'agir tout d'abord de versements faits par voie de compensation ou de virement en banque, en dehors des conditions requises par la jurisprudence depuis la loi de 1893, la créance du souscripteur n'étant pas par exemple liquide ou exigible ; ou encore de fonds régulièrement déposés, mais sur lesquels le banquier ou le syndicat chargé de l'émission auraient prélevé au préalable le montant de leur commission³ : pour nous, en effet, le décret est général et le délit existe indistinctement dans tous les cas où les sommes versées n'ont pas été mises effectivement à la disposition de la société au plus tard avant la déclaration notariée⁴.

1. Pour la distinction entre souscriptions fictives et souscriptions simplement annulables, v. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., nos 235 et 236, et Constantin et Gautrat, p. 253.

2. Solus, *op. cit.*, n° 82.

Constantin et Gautrat, p. 254 et ss. Sur le cas de reçus de complaisance constatant un versement inexistant en fait : Cass. crim., 26 février 1904, *J. soc.*, 1904-489. Paris, 18 juillet 1902, *J. soc.*, 1903, p. 250. Sur celui où un versement a été fait à un compte déjà débiteur antérieurement. Paris, 8 février 1935-5, 1933-2-176.

3. En sens contraire Solus, n° 82. Constantin et Gautrat, *op. cit.*, p. 256, note 1.

4. Quid des versements effectués en effets de commerce ou valeurs de bourse, dont la transformation en espèces a lieu avant la constitution de la société : pour Constantin et Gautrat, p. 255, ils ne tombent pas sous le coup de l'art. 15, al. 1^{er} nouveau, sauf en cas d'acceptation

Comme les autres délits prévus par l'article 15 de la loi de 1867, celui-ci exige la mauvaise foi de ses auteurs¹, et c'est pourquoi les peines de l'article 405 du Code pénal ne seront généralement pas appliquées au cas où certaines souscriptions viendraient à être annulées après la déclaration², ou même après la constitution de la société : en effet, la plupart du temps, l'incapacité d'un des souscripteurs aura été ignorée des fondateurs, et en tout cas, il faudrait prouver que ceux-ci connaissaient cette incapacité au moment de l'engagement³.

§ 2. — DOMAINE D'APPLICATION DU DÉCRET

Le délit existe, bien entendu, même si la souscription a été régularisée et le versement effectué correctement après la déclaration notariée ; mais il n'y aura plus possibilité d'agir en nullité, la cause de celle-ci n'existant plus au moment de l'introduction de la demande⁴.

L'article 15, alinéa 1^{er}, sera également applicable indépendamment du but poursuivi par les auteurs du délit⁵, et c'est ce qui le différencie de l'alinéa 2 ; le législateur de 1935 et de 1937 ayant voulu assurer la sincérité des engagements des souscripteurs et de la déclaration qui les constate par tous les moyens, préventifs et répressifs.

Le délit existera aussi bien en cas d'augmentation de capital qu'en cas de constitution primitive⁶.

de mauvaise foi par les administrateurs de valeurs douteuses ; les juges trancheront cette question souverainement. Tchernoff, suppl. au *Traité de dr. pén. financier*, 1936, n° 55 *ter*,

1. Même auteur, n° 84. Houpin et Bosvieux, 1937, supplém. au *Traité*, p. 120.

2. Solus, n° 82 *in fine*.

3. Dolbeau et Cantenot, *op. cit.*, n° 20.

4. Solus, *op. cit.*, n° 85.

5. Mêmes auteurs, p. 251 et 257 ; d'ailleurs, le Parquet poursuivra probablement à la fois du chef de l'al. 1^{er} et de l'al. 2 de l'art. 15 : en ce sens, Houpin et Bosvieux, p. 120 ; voir aussi Solus, *op. cit.*, n° 77.

6. Et même si les fondateurs avaient envoyé à leur place un mandataire, car ils pourront être poursuivis comme auteurs principaux. Hou-

§ 3. — QUELLES SONT LES PERSONNES PUNISSABLES ?

Toutes celles par qui la fausse affirmation a été faite : gérant, fondateurs, administrateurs, et leur mandataire s'il était de mauvaise foi, ainsi que toutes celles qui ont aidé à la fictivité des souscriptions et aux versements de façade : hommes de paille qui ont souscrit pour la forme, banquier ayant prêté de l'argent, etc., et en particulier le notaire lui-même ¹ qui aura rédigé la déclaration ².

pin et Bosvieux, précité ; Tchernoff, *op. cit.*, p. 54 ; Lecompte, *J. soc.*, 1936, p. 87. Quant aux autres personnes que celles à qui incombe la déclaration, ils peuvent être poursuivis comme complices. Houpin et Bosvieux, supplém., 1937, p. 122, et Dolbeau et Cantenot, *op. cit.*, p. 26. Solus, n° 86.

1. Toute condamnation du chef du nouveau délit emportera pour les coupables déchéance du droit d'administrer une société et les contraindra à se démettre des fonctions qu'ils occupaient : Constantin et Gautrat, p. 259.

2. Constantin et Gautrat, *op. cit.*, p. 262.

CHAPITRE V

VÉRIFICATION DE LA DÉCLARATION NOTARIÉE

Cette vérification a été prévue pour les commandites par l'article 6 et par l'article 24 de la loi de 1867, pour les sociétés anonymes.

Elle incombe comme on le sait, dans les commandites par actions, aux membres du premier conseil de surveillance ; la loi ne prescrit pas la rédaction d'un procès-verbal constatant la vérification de la part de ce conseil ; mais par contre ces membres sont personnellement responsables de la nullité de la société et à défaut de souscriptions ou de versement du quart¹.

Dans les sociétés anonymes ce rôle revient à l'assemblée générale constitutive², ou s'il y a eu des apports en nature, par la première de ces assemblées chargée de nommer en même temps les commissaires aux apports.

L'assemblée générale devra être convoquée postérieurement à la déclaration notariée elle-même, si l'on prend à la lettre l'article 25 de la loi de 1867. Cependant, et suivant en cela la solution adoptée par la Cour de cassation dans deux arrêts successifs³, il suffirait que cette assemblée soit *tenu*e postérieurement à la déclaration notariée, même si les convocations ont été lancées avant ; comme on l'a fait observer quelle importance cela pourrait-il

1. Houpin et Bosvieux, n° 906. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 706 *ter*.

2. Qui se composera de tous les actionnaires anciens et nouveaux : *J. soc.*, 1892, p. 35.

3. Cass., 6 novembre 1894, *J. soc.*, 1895, p. 14. Req., 31 décembre 1906, *J. soc.*, 1907, p. 412.

avoir que les actionnaires aient été convoqués avant ou après la déclaration, pourvu qu'ils aient été effectivement touchés et qu'ils aient pu assister à l'assemblée générale qui a suivi la déclaration notariée ¹.

Qu'il s'agisse du conseil de surveillance ou de l'assemblée générale, il faudra, bien entendu, soumettre à ces organes avec l'expédition de la déclaration, toutes les pièces qui y ont été annexées, et en particulier celles requises par le nouveau décret.

Il ne faut pas hésiter à dire que cette vérification dans l'une comme dans l'autre de ces différentes sociétés est pratiquement inefficace ², et qu'elle passe comme une formalité dont tous les actionnaires se désintéressent; aucun d'eux dans l'assemblée ne demandera à vérifier de près les pièces que le président du Conseil d'administration a déposées sur le bureau, pas plus que la nomination des commissaires aux comptes, et c'est pour cette raison que la solution consistant à nommer certains de ces commissaires à l'effet de vérifier l'existence des créances ayant fait l'objet d'une compensation serait certainement sans efficacité pratique quoique excellente en principe.

1. Wahl, *J. soc.*, 1911-245.

2. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 706 *ter*.

CHAPITRE VI

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE RÉDACTEUR DE LA DÉCLARATION DE SOUSCRIPTION ET DE VERSEMENT ET APPRÉCIATION DE SON NOUVEAU RÔLE

Section I. — Sa responsabilité.

Les causes de responsabilité que le notaire peut encourir sont de deux sortes : les unes tenant à l'application des règles générales du notariat, les autres résultant de l'application particulière des lois sur les sociétés par actions et spécialement des nouvelles dispositions du décret de 1937.

1^o Causes de responsabilité résultant du droit commun.

a) En cas de vice de forme commis dans la rédaction de l'acte, on sait que le notaire doit, sous sa responsabilité, s'assurer de l'individualité de ceux qui se présentent à lui comme étant des fondateurs ou des administrateurs. Mais il ne doit pas être en principe responsable du défaut de capacité des représentants de la société, et encore moins dans le cas où certains souscripteurs seraient devenus incapables depuis leur engagement¹, tout au moins lorsqu'il est établi qu'il n'a été ni leur mandataire, ni le *negotiorum gestor*², sauf au cas où un dol ou une faute lourde seraient relevés contre lui (l'hypothèse par exemple où ce serait une femme mariée qui aurait souscrit des actions avec des deniers de la communauté et ce, même depuis la loi du 18 février 1938).

1. Copper-Royer, *Rev. spéc. de doctrine et de jurispr.*, n^o de janvier 1937, p. 45, sous Paris, 22 mai 1936.

2. Même auteur, p. 47.

D'autre part, le notaire n'est pas responsable de la qualité que les parties peuvent s'attribuer, sauf dol ou faute lourde de sa part.

b) On doit donner la même solution dans l'hypothèse où une erreur de droit aurait été commise au cours de la déclaration lorsque cette erreur est légère et excusable, comme portant par exemple sur un point de droit controversé (cas où le notaire serait lui-même souscripteur des actions de la société qui procède à la déclaration, ou si un de ses parents ou alliés au degré prohibé était également souscripteur) ; nous verrons, en effet, que cette question est vivement débattue en doctrine et en jurisprudence).

Enfin le notaire sera responsable dans tous les cas d'erreur même légère s'il avait accepté le mandat d'accomplir toutes les formalités constitutives, et même au cas où il aurait simplement joué le rôle de conseil, car il est reconnu que les notaires doivent éclairer leurs clients sur la portée des effets juridiques de leurs engagements ; cependant dans ce dernier cas, son silence ne sera répréhensible que s'il présentait le caractère d'une faute grave ; il devra tenir compte du degré de connaissance des affaires des parties, connaissance généralement assez étendue lorsqu'il s'agit de personnes qui fondent une société par actions (p. 240).

2° *Causes de responsabilité tenant à la rédaction de la déclaration notariée elle-même.*

a) On sait qu'avant le décret de 1937 le notaire n'avait pas à vérifier si les souscripteurs étaient sérieux ou non, ou avaient réellement versé les sommes qu'on lui indiquait. A ce sujet on note un arrêt très affirmatif de la Cour de Paris (22 mai 1936 ¹) affirmant que les articles 1 et 24 ne conféraient au notaire d'autre mission que celle d'enregistrer la déclaration qui lui était faite, que ces articles ne lui donnaient pas le droit d'en vérifier la sincérité ni à plus forte raison de lui en imposer l'obligation

b) Depuis le décret au contraire, le notaire pourra

1. *Revue spéc. de droit et de jurispr.*, janvier 1937, p. 41.

être déclaré responsable dans les hypothèses suivantes :

— Lorsqu'il n'aura pas exigé les pièces que la loi lui imposait de se faire représenter, ainsi que celles qu'il doit joindre à la déclaration ;

— Lorsqu'il n'aura pas signalé aux fondateurs les causes de nullité qu'un examen apparent lui aura révélé ;

— Lorsqu'il aura déclaré faussement avoir fait toutes les vérifications qui lui sont maintenant imposées : il s'agira là d'un faux, puisqu'il est maintenant obligé de les faire et que, d'autre part, ce qu'il a personnellement constaté fait foi jusqu'à inscription de faux¹ ;

— Lorsqu'il aura rédigé la déclaration d'une société dans laquelle lui-même ou un de ses parents ou alliés en ligne directe jusqu'au 3^e degré serait intéressé ; par conséquent et en vertu de cette application de la loi du 25 Ventôse an XI, article 8, il faudrait décider qu'un notaire ne pourrait recevoir la déclaration lorsque lui ou un de ses parents posséderait des actions de la société en question, par eux-mêmes ou par un prête-nom, ou à plus forte raison si l'un ou l'autre figurait au nombre des fondateurs. Cependant cette solution paraît bien sévère et on relève plusieurs décisions en sens contraire² ; pour nous, la véritable solution serait dans la distinction entre le cas où le notaire aurait un grand intérêt à la constitution de la société, et celui où au contraire il ne serait propriétaire que de quelques actions. En tout cas les statuts dressés par un notaire frappé par cette prohibition pourraient valoir comme acte sous seing privé ; mais s'il s'agissait de la déclaration notariée elle-même, elle serait forcément nulle, car, légalement, la déclaration de souscription de versement est notariée ou n'est pas. La contravention à ces prescriptions pourrait en outre engager la responsabilité civile du notaire rédacteur, dans la mesure du préjudice

1. Bosvieux, *op. cit.*, p. 26.

2. Douai, 3 février 1876, 5-1876-2-69, Paris, 22 mai 1848, S. 1848-2-322, lorsque ce sont des parents du notaire qui ont souscrit, et non celui-ci personnellement.

subi par les souscripteurs ou les tiers, du fait de la nullité, sans préjudice des peines disciplinaires ;

— Enfin le notaire pourrait être condamné pénalement du chef de l'article 15 alinéa 1^{er} nouveau, comme complice des fondateurs ou administrateurs.

Quelle sera l'étendue de cette responsabilité ?

Selon les cas que nous venons d'examiner il s'agira tantôt d'une responsabilité civile (art. 1382 du Code civil et article 8 de la loi de 1867) comme dans les deux premières hypothèses ci-dessus ; tantôt des peines correctionnelles (art. 145 du Code pénal pour faux dans un acte public) comme dans la troisième hypothèse (art. 405 du Code pénal pour escroquerie) comme dans la quatrième hypothèse ci-dessus ¹.

Section II. — Que faut-il penser de la réforme du décret de 1937 concernant la nouvelle mission du notaire ?

Nous avons signalé au passage les lacunes principales :

a) Le notaire ne peut s'assurer, en cas de dépôt en bloc des fonds versés, si les actions ont été individuellement libérées du quart ;

b) Il n'a pas à s'assurer de la capacité des souscripteurs ;

c) Ni de la sincérité des créances faisant l'objet d'un paiement par compensation.

Par quel autre système pourrait-on remplacer celui de la loi de 1867 ?

On a proposé le système répressif, dans lequel on édicterait une incapacité de fonder une société pour tous ceux qui ont encouru les sanctions de l'article 15, incapacité qui deviendrait perpétuelle en cas de récidive ; disposition

1. Bosvieux. précité, p. 26. M. Lesaché, le 17 juillet 1936 fit observer au Sénat qu'une amende contre le notaire était inutile en présence de l'article 1382.

2. Pour Dolbeau et Cantenot, supplém., 1938, n° 9, le rôle du notaire demeure inchangé.

complétée par l'exigence au moment de la constitution d'un extrait du casier judiciaire des fondateurs ¹.

D'autres auteurs, tout en recommandant la suppression de toute déclaration, verraient avec faveur l'intervention d'un notaire dans tous les actes constitutifs des sociétés ² par actions, et en particulier la mission d'assister aux assemblées constitutives et de vérifier la régularité de leur tenue.

Les projets antérieurs au décret de 1937 n'ont pas été jusque là et donnent le choix pour la déclaration entre un notaire et le greffe du Tribunal de commerce ³, avec un essai de centralisation des principales formalités de constitution chez le même notaire (projet n° 482).

D'autres solutions pourraient encore être envisagées, nous voulons parler d'un contrôle de la période constitutive par l'autorité administrative ou par l'autorité judiciaire ⁴.

Cependant, en raison des nombreux inconvénients qui ne manqueraient pas de survenir par suite d'une immixtion de l'autorité publique dans un domaine laissé jusque là à l'initiative privée, on a proposé un moyen intermédiaire : l'institution d'une expertise par des réviseurs officiels, imités du Droit allemand ou du Droit anglais : les fondateurs, préalablement à la convocation de l'assemblée générale constitutive, seraient obligés ou auraient la faculté d'envoyer le dossier de toutes les formalités accomplies jusque là à ces experts, dont l'avis défavorable aurait pour effet soit de faire échouer la société, soit simplement de constituer un avertissement pour les tiers (voir notre Introduction).

1. Léauzon-Leduc, *op. cit.*, p. 252 et ss.

2. Colin et Nouel, *Ann. de dr. com.*, 1911, p. 380, mais cette suppression était mal vue des milieux commerciaux (Thaller et Pic, n° 917) et par Maria (*Ann. dr. com.*; 1906, p. 59).

3. Le projet de la Ligue pour la réforme des sociétés prescrivait une déclaration au greffe du Tribunal de commerce avec un reçu du dépositaire des fonds, *Rev. soc.*, 1931, p. 163.

4. Thaller, *Revue polit. et parlem.*, 1903, t. XXIII, p. 100.

Quant à un renforcement des moyens répressifs déjà existants cela ne semble pas nécessaire car les bonnes sociétés ne doivent pas voir entraver leur constitution et leur fonctionnement par des mesures qui sont prises précisément contre d'autres sociétés moins bonnes.

CONCLUSION

Il ne nous reste plus maintenant qu'à porter une vue d'ensemble sur les réformes réalisées par le décret-loi du 31 août 1937 dans le domaine de la constitution des sociétés par actions.

Elles sont théoriquement excellentes, et au surplus souhaitées depuis longtemps par la doctrine, appuyée par un mouvement législatif que nous avons examiné (propositions Bender et Lesaché, projet Daladier).

D'ailleurs le législateur n'a fait en cela que suivre les réformes réalisées récemment dans les pays voisins (voir notre introduction).

De nombreux abus antérieurs seront rendus maintenant impossibles.

C'est ainsi que le souscripteur ne s'engagera plus sans connaître le texte des statuts, ni la personnalité des fondateurs, pour peu qu'il soit soucieux de ses intérêts.

Grâce au bulletin de souscription maintenant obligatoire et dont la société doit lui laisser un exemplaire, il pourra prendre connaissance des principales clauses et conditions de constitution de la future société ; de plus le bulletin constitue maintenant pour ainsi dire le seul mode de preuve de la souscription.

L'obligation pour les fondateurs de verser les fonds à la Caisse des dépôts et consignations, ou chez un notaire fera obstacle à l'avenir à la pratique des virements de banque fictifs ou de versements par jeux d'écriture, qui étaient courants autrefois, en dépit des efforts de la jurisprudence ; elle empêchera également la transformation en actions de créances ne présentant pas toutes les conditions requises.

D'autre part, les souscripteurs bénéficieront des garanties présentées par la Caisse des dépôts et consignations et du notariat (responsabilité collective de la loi du 23 janvier 1934).

Le blocage des fonds tel que nous l'avons analysé, constituera également pour eux une mesure de protection efficace, puisque les fondateurs seront désormais dans l'impossibilité de retirer une partie des sommes versées avant la constitution définitive de la société, pour en faire un emploi inutile au point de vue social, ou même de les détourner.

Cela leur sera d'autant plus impossible que le retrait des fonds n'aura lieu qu'après la constitution et sur la remise des procès-verbaux des assemblées constitutives, dont la régularité apparente tout au moins, sera vérifiée par le notaire ou par le préposé de la Caisse.

Le recours à la juridiction du président du Tribunal statuant en référé pour nommer un administrateur qui aura mission de retirer les fonds en cas d'échec pour les rembourser aux souscripteurs, requiert également toute notre approbation : il est probable en effet qu'en pratique, on ne manquera pas de choisir une personne possédant toute la capacité requise à cet effet.

Enfin, le notaire rédacteur de la déclaration de souscription et de versement se voit conférer un rôle plus actif qu'auparavant. Et il sera encore aidé dans sa tâche par la menace des sanctions prévues par le décret-loi du 8 août 1935 à l'encontre des fondateurs ou administrateurs qui se seraient laissés aller à faire dans la déclaration des affirmations sciemment inexactes.

Cependant, il faut bien avouer que les nouvelles mesures prises par le législateur de 1937 ne sont pas parfaites, comme nous l'avons fait remarquer au cours de cette étude, et qu'elles prêtent à la critique sur de nombreux points.

Au sujet du dépôt préalable du projet des statuts, on a fait remarquer avec assez de raisons ¹, que ce dépôt aurait

1. Bosvieux, p. 8.

dû être prescrit de préférence chez un notaire, spécialement celui appelé à rédiger plus tard la déclaration de souscription et de versement ; celui-ci aurait pu ainsi contrôler la légalité des clauses insérées, et, au besoin, les faire rectifier par les fondateurs, alors que c'est impossible lorsque les fondateurs ont recours à lui lorsque la plupart des formalités constitutives, et en particulier la rédaction des statuts, ont été effectuées.

Au sujet de la rédaction du bulletin de souscription, nous avons signalé la dispersion regrettable des différents documents prévus par la loi à l'effet de renseigner le souscripteur (notice de la loi de 1907 au *J. O.*, statut au greffe du Tribunal de commerce, bulletin de souscription) ; on aurait pu centraliser tous ces renseignements soit sur le bulletin lui-même, soit au greffe du Tribunal. Les lois étrangères que nous avons étudiées n'ont pas commis la même faute ; en effet, la Suisse lui prescrit la rédaction d'un bulletin se référant à la fois au projet des statuts et au prospectus, dont les indications, comme nous l'avons vu, sont extrêmement détaillées ; la loi anglaise centralise également auprès du registrar à la fois le memorandum les articles, et le prospectus, qui, à lui seul contient tous les renseignements que le souscripteur puisse désirer, et même davantage ; dans la loi italienne enfin, les souscriptions doivent être données, comme nous l'avons dit, sous le texte du programma préalablement rédigé.

Sur le modèle de cette dernière loi, le décret aurait pu exiger de la part du souscripteur que celui-ci ait pris connaissance du texte des statuts et l'accepte ; l'indication par celui-ci dans le bulletin, du nombre d'actions souscrites par lui et de la somme totale à verser, n'aurait pas non plus été inutile¹.

Les modalités prévues par le décret de 1937 pour le dépôt des fonds versés donnent également lieu à certaines critiques.

C'est ainsi qu'on aurait pu choisir comme lieu de dépôt

1. Solus, n° 16 *in fine*.

à la place de la Caisse des dépôts et consignations, un établissement de crédit présentant toute sécurité comme la Banque de France ou le Crédit Foncier ; le dépôt chez un notaire présente également de nombreux inconvénients pratiques, en particulier dans le cas où les souscripteurs verseront leurs fonds individuellement et d'une façon successive.

Mais la plus grosse lacune, à notre avis, provient, comme nous l'avons expliqué, de ce que les sommes provenant des souscriptions peuvent demeurer un certain temps entre les mains des fondateurs ou des administrateurs, avant que ceux-ci n'aient à les verser chez le dépositaire légal, inconvénient provenant de ce fait que le législateur n'a prescrit aucun délai pour effectuer le versement chez le notaire ou à la Caisse des dépôts et consignations ; et par là pourront en pratique se continuer de nombreuses fraudes antérieures ou un emploi frauduleux de la part des fondateurs.

Toujours à ce sujet, nous avons dit également qu'il leur était toujours possible de louer les sommes qui leur manqueront pour parfaire le chiffre annoncé, cet emprunt pouvant seulement être remboursé maintenant après la constitution définitive, et non plus comme auparavant, immédiatement après la déclaration notariée : mais ceci est un mince avantage.

Enfin, à propos de la déclaration de souscription et de versement et du rôle dévolu au notaire, toutes les explications que nous avons données à ce sujet peuvent se ramener à cette constatation : les vérifications qui lui incombent du fait de la représentation des nouvelles pièces exigées seront avant tout *apparentes et matérielles* (en particulier celle de la réalité des versements lorsqu'ils ont été faits en bloc et ailleurs que chez lui, celle relative à la capacité des souscripteurs, ou encore des conditions dans lesquelles s'est effectuée la compensation des créances en actions lors d'une augmentation de capital).

Finalement on peut dire que le rôle du notaire relativement à la déclaration ne sera plus actif qu'autrefois, que

dans la mesure où celui-ci aura à cœur de vérifier le bon accomplissement des formalités constitutives plus que la lettre du décret ne l'exige de sa part.

Une dernière remarque s'impose du point de vue général : il est évident que, dans la plupart des cas tout au moins (dépôt du projet des statuts, bulletin de souscription), les sanctions encourues pour la plus petite irrégularité sont disproportionnées par rapport au but voulu par le législateur ; en effet, l'omission d'une simple mention dans le bulletin ou dans le projet des statuts entraîne, ainsi que nous l'avons exposé, la nullité de la société elle-même ou de l'augmentation du capital en cours, alors que les souscripteurs ne demanderaient pas mieux que de parvenir à la constitution définitive.

A un point de vue général également, l'application du décret dans le temps a été mal conçue : d'abord la dualité de délai prévu par l'article 9 est regrettable, mais surtout le législateur aurait dû indiquer expressément si les nouvelles dispositions étaient ou non rétroactives ; cette lacune, comme nous l'avons vu, est d'autant plus sensible lorsqu'il s'agit de déterminer le taux minimum des actions des sociétés tombant sous l'application du décret.

Finalement, même depuis le décret de 1937, les souscripteurs ne seront protégés que dans la mesure où ils le voudront et où ils se montreront soucieux de leurs intérêts. C'est ce qu'on pourrait appeler le système de la protection du souscripteur par lui-même.

A ce sujet, nous avons vu dans notre introduction qu'il n'en était pas de même dans certaines lois des pays voisins ; en Angleterre, la constitution se déroule sous le contrôle actif du registrar, fonctionnaire public spécialisé ; en Italie, l'assemblée générale est impuissante par elle-même à constituer la société, cette constitution est faite par le Tribunal lui-même après vérification de la réalisation des conditions prévues pour la constitution, et après audition du ministère public ; en Allemagne, c'est également le Tribunal qui convoque l'assemblée générale afin de prendre une décision sur la constitution de la société, après

que celle-ci a été inscrite au registre du commerce, une fois la déclaration au Tribunal du siège social effectuée.

Mais une telle intervention, soit de l'autorité administrative, soit de l'autorité judiciaire, eût-elle été bien accueillie chez nous ? C'est toute la question de l'opposition entre la thèse libérale et les partisans d'une intervention de plus en plus active qui se pose. Le législateur de 1937 n'a pas osé la trancher d'une manière définitive, puisqu'il s'en remet surtout à l'intervention des notaires, officiers publics certes, mais indépendants et soustraits à toute influence extérieure.

VU :

Le Doyen,

G. RIPERT.

VU :

Le Président de la thèse,

HENRY SOLUS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALEXANDROFF. — *Semaine juridique* du 23 janvier 1938, p. 45 et suiv.
- AMIAUD (André). — *Des comptes de réserve dans les sociétés par actions*. Note sous *G. des Soc.*, 1212, p. 295.
- ARTHUYS (F.). — *Traité des sociétés*, 3^e éd., 1916.
- BENOIST. — Note sous *Revue des Soc.*, 1884, p. 511.
- BEUDANT (Ch.). — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, t. XXXVI, p. 112 et suiv.
- BOISTEL (A.). — Note sous *D. P.*, 1893. 2. 65.
Cours de droit commercial, 4^e éd., 1890.
- BOSVIEUX (H.). — Commentaires du décret-loi du 31 août 1937 ; *J. des Soc.*, 1938, p. 1 et suiv.
- BOUTAUD (E.). — Note sous *D. P.*, 1907. 2. 152.
- BOUVIER-BANGILLION. — *La législation nouvelle sur les sociétés par actions : loi du 1^{er} août 1893*, Paris, 1894.
- BUCHÈRE (A.). — *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, Paris, 1881, 2^e éd.
- CAPITANT et COLIN (A.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1935, 8^e édition.
- CELLERIER (L.). — *Etude sur les sociétés en France et dans les pays voisins*, Paris, 1905.
- CHARRON. — Sociétés par actions. Commentaires du décret-loi du 31 août 1937, *Recueil gén. des lois, décrets et arrêtés*, 1937, p. 201 et suiv.
- CHASTENET. — *Rapport à la Ch. des Députés* le 27 novembre 1906. *France Judiciaire* 1907, 1^{re} partie, p. 201.
La réforme des sociétés : Revue politique et parlementaire, 1910. 2. 480.
- CHÉRON (A.). — Note sous *D. P.* 1915. 2. 25.

- COLIN. — *Les mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, Paris, 1911.
- CONSTANTIN et GAUTRAT. — *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, 1935, et suppl., 1937.
- COPPER-ROYER (J.). — *Traité des sociétés anonymes*, 4^e éd., 1931. Le décret-loi du 31 août 1937 et les remaniements qu'il impose à la loi sur les sociétés par actions. *Revue spéciale de doctrine et de jurisprudence concernant les sociétés*, n^o d'octobre 1937, p. 685 et suiv.
- DALSACE (A.). — Les modifications apportées aux droits des sociétés par le décret-loi du 31 août 1937, *Revue des sociétés*, 1937, p. 297 et suiv.
- DECUGIS (H.). — *Traité pratique des sociétés par actions*, 7^e éd., 1931.
- DEFRÉNOIS (Ch.). — Étude pratique, *Répertoire général de notariat*, 1937, p. 605 et suiv., et p. 697 et suiv.
- DEMONTÈS (E.). — Les sociétés de sociétés, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, t. XLVIII, p. 37 à 64.
- DEYSAC (Franck). — *Journal des notaires*, 1937, p. 578 et suiv.
- DOLBEAU. — Note sous *Gaz. des Soc.*, 1913, p. 373.
— Note sous *Gaz. des Soc.*, 1928, p. 384.
- DOLBEAU et CANTENOT. — *Réforme de la législation des sociétés* (commentaires des décrets-lois d'août et octobre 1935) et suppl. 1938 relatif au décret du 31 août 1937.
- ESMEIN (Paul). — La loi sur la capacité de la femme mariée, *Gaz. du Pal.*, n^o du 7 mars 1938.
- FLOUCAUD-PENARDILLE (Et.). — *Les sociétés par actions*, 1899 (2 vol.).
— Note sous Sirey, 1868, 1^{re} partie, p. 149.
- FAURE (A.). — *La nouvelle loi sur les sociétés par actions* (loi du 1^{er} août 1893), 1894.
- GAILLARD (E.). — *La société anonyme de demain : La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, 2^e édit., 1934.

- GLANDAZ. — *La responsabilité collective des notaires*, p. 133 et suiv.
- GLASSON (Et.). — Note sous D. P. 1886. 2. 68.
- GOIFFON (L.). — *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive et des contrats se rapportant à sa fondation*, Thèse Paris, 1898.
- GOIRAND (L.). — *Traité des sociétés par actions*, 3 vol., 1896.
- GOYET (F.). — *Commentaires des dispositions pénales des décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935 en ce qui concerne la protection de l'épargne : lois nouvelles 1936*, p. 89 et suiv.
- GUENÉE (L.). — Note sous D. P. 1890. 1. 305.
- HAMEL (J.). — Note sous D. P. 1931. 1. 97.
- HÉMARD (J.). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 1926, 2^e édit.
- HOLTZ. — Note sous *Gaz. des Soc.*, 1912, p. 155.
- HOUPIN (Ch.). — Note sous Sirey, 1895, 205.
— Sous *J. des Soc.*, 1900. 325.
— Sous *J. des Soc.*, 1895. 486.
— Sous *J. des Soc.*, 1884. 38 et suiv.
— Sous *J. des Soc.*, 1901. 5 et suiv.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^e édit., 1935 et suppl. 1937.
- JULIOT DE LA MORANDIÈRE. — Étude de l'ouvrage de M. Colin, *Annales de droit commercial*, 1911. 380.
- JACQUEMONT (A.). — *Le délit de mensonge dans les sociétés*, Étude de l'art. 15, al. 1 et 2, de la loi de 1867, Paris, 1914.
- LACOUR (Léon) et BOUTRON (Jacques). — *Précis de droit commercial*, 4^e édit., 1925, 2 vol. et suppl. 1933.
- LAGARDE. — Note sous D. P., 1931. 1. 97.
- LEMAIRE (G.). — Note sous D. P. 1889. 1. 294.
- LÉOUZON-LEDUC (C.). — *La réforme des sociétés par actions*, Paris, 1910.
- LESCOT (P.). — *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, p. 188 et suiv.

- LEVILLAIN. — Note sous D. P. 1890. 2. 267.
— Note sous D. P. 1909. 2. 257.
— Note sous D. P. 1907. 2. 377.
- LYON-CAEN (Ch.). — Note sous Sirey, 1885. 2. 97.
— Note sous Sirey, 1900. 1. 65.
— Note sous Sirey, 1908. 1. 65.
— Note sous Sirey, 1881. 2. 97.
— Note sous Sirey, 1877. 2. 1.
— Note sous D. P. 1883. 2. 73.
- LYON-CAEN (Ch.), RENAULT (L.) et AMIAUD (A.). — *Traité de droit commercial*, 2^e vol., 2^e partie, 5^e édit., 1929 et appendice.
- MASSART. — *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Paris, 1901.
- MASSÉ (G.). — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et avec le droit civil*, 2^e édit., t. III.
- MOURET. — Appréciation du projet de 1903 : *Recueil de l'Académie de Toulouse*, 1909, p. 304 et suiv.
- MURALT (DE). — *De la fondation des sociétés anonymes d'après les législations française, belge, allemande italienne, etc...*, et d'après le code fédéral des obligations. Paris, 1887.
- NOUEL (René). — *La réforme des sociétés par actions*, Paris, 1911.
- PAHUD (J.-L.). — *La réforme de la société anonyme dans la législation fasciste*, thèse Lausanne, 1925.
- PERCEROU (A.). — *Lois actuelles et projets récents en matière des sociétés par actions*, thèse Paris, 1932.
- PERCEROU (J.). — *Des fondateurs de sociétés anonymes*. thèse Montbéliard, 1896.
Note sous D. P. 1905. 2. 193.
Note sous D. P. 1911. 2. 25.
- PERRIN (L.). — *Loi du 1^{er} août 1893*. Paris, 1924.
- PIC (Paul). — *Annales de droit commercial*, 1913, p. 427.
— *De la simulation dans les actes de sociétés* D. H., 1935, p. 33.
- PILON. — Note sous D. P. 1930. 1. 29.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité de droit civil*

- (11^e édit., 1932), et *traité pratique de droit civil français*, t. VI : les obligations — avec le concours de Paul Esmein, Paris, 1930.
- PONT (Paul). — *Commentaire, — Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2 vol., 1872, 1880.
- RIPERT (G.). — *Cours* 1936-1937 et 1938-1939.
- ROUSSEAU (R.). — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 5^e édit.
— Loi de 1893 modifiant celle de 1867.
- RUBEN DE COUDER (J.). — *Dictionnaire de droit commercial*, et suppl., 1897, voir « société ».
- SOLUS (H.). — *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et de 1937*, Paris, 1938.
— *Ann. de droit commercial : les réviseurs*; 1923, t. XXXII, p. 309.
- SARRUT (L.). — Note sous D. P. 1888. 2. 145.
- TCHERNOFF. — *Traité de droit pénal financier* (2 vol.), 1931 et suppl.
- THALLER (E.). — Note sous D. P. 1905. 2. 409.
— *Annales de droit commercial* 1907, p. 177.
— *Rapport au congrès juridique international des sociétés par actions tenu à Bruxelles en 1910* (documents de ce congrès, t. II, p. 1 et 3).
— *Rev. pol. et parlem.*, 1903, t. XXIII, p. 100.
J. Soc., 1907, p. 471.
- THALLER et PIC. — *Traité général théorique et pratique de droit commercial; des sociétés commerciales*, par Paul Pic, 1925, 2^e édit.
- THALLER (E.) et PERCEROU (J.). — *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*. Paris, 7^e édit., 1925.
- TRIPPIER. — *Commentaire de la loi du 23 mai 1863*.
- VAVASSEUR (A. et J.). — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 7^e édit., avec concours de Julien Bonbecase, Jean Maliéreau et Jean Pault, t. I, 1931.
- WAHL (A.). — Note sous Sirey 1914. 2. 130.
— Note sous Sirey 1901. 1. 515.
— Note sous Sirey 1906. 2. 1.

WAHL (A.). — Note sous Sirey 1913. 2. 129.

— Note sous Sirey 1909. 1. 137.

— Note sous *J. Soc.*, 1914. 62.

— Note sous *J. Soc.*, 1911. 245.

— Note sous Sirey D. P. 1915. 2. 35.

— *Augmentation de capital*, 1894.

— *Titres au porteur*, t. I.

— *Précis théorique et pratique de Dr. com.*, 1922.

ZERAFFA. — *La constitution des sociétés*, thèse Paris 1902.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
PREMIÈRE PARTIE	
La souscription.	
CHAPITRE PREMIER. — Éléments du contrat de souscription	15
<i>Section I : Nature juridique du contrat ; entre qui se forme-t-il ?</i>	
§ 1. Nature juridique.	15
§ 2. Les parties au contrat (les fondateurs).	22
§ 3. Obligations respectives des parties	27
<i>Section II : Formation du contrat de souscription.</i>	
§ 1. A quel moment se forme-t-il ?	30
§ 2. Comment se produit l'acceptation des fondateurs ?	33
§ 3. Le souscripteur est-il lié par son offre ?	34
§ 4. A quel endroit se forme-t-il et moment précis de sa formation.	35
§ 5. Question du silence gardé par un souscripteur à une offre des fondateurs.	36
<i>Section III : Durée du contrat de souscription.</i>	
§ 1. La condition suspensive de la constitution de la société.	38
§ 2. Jusqu'à quel moment le souscripteur doit-il attendre la constitution ?	39
§ 3. Annulation de la souscription	42
§ 4. Décès du souscripteur avant l'acceptation.	44

CHAPITRE II. — Conditions de forme du contrat de souscription	45
<i>Section I : Dépôt du projet des statuts au greffe.</i> . .	45
§ 1. Situation antérieure au décret-loi du 31 août 1937.	45
§ 2. But du décret.	48
§ 3. Contenu du décret	49
§ 4. Sphère d'application du décret-loi . .	52
§ 5. Sanctions de l'absence de dépôt au greffe.	57
§ 6. Appréciation des nouvelles dispositions.	62
<i>Section II : Bulletin de souscription</i>	65
§ 1. Situation antérieure au décret-loi du 31 août 1937.	65
§ 2. Contenu de la réforme.	68
§ 3. Sphère d'application du décret-loi . .	76
§ 4. Sanctions des prescriptions relatives au bulletin.	80
§ 5. Appréciation des dispositions du décret-loi concernant le bulletin de souscription.	81
CHAPITRE III. — Conditions générales de validité du contrat de souscription	84
<i>Section I : Conditions de droit commun</i>	84
§ 1. Capacité	84
§ 2. Vices du consentement.	86
<i>Section II : Conditions particulières aux sociétés.</i>	87
§ 1. Taux minimum des actions	87
§ 2. Souscription pure et simple.	93
§ 3. Souscription intégrale.	94
CHAPITRE IV. — Nature et preuve du contrat de souscription	101
<i>Section I : Caractère commercial du contrat.</i> . .	101
<i>Section II : Preuve du contrat.</i>	107
CHAPITRE V. — Résultats de l'émission.	116
<i>Section I : Souscription inférieure au capital social.</i>	116

<i>Section II : Souscription supérieure au capital social.</i>	118
--	-----

DEUXIÈME PARTIE

Le versement.

CHAPITRE PREMIER. — Conditions générales de validité du versement.	123
--	-----

<i>Section I : Quotité du versement.</i>	123
--	-----

§ 1. Principe d'un versement minimum.	123
---	-----

§ 2. Règlement de la commission de banque.	127
--	-----

§ 3. Sanctions du principe du versement minimum	131
---	-----

<i>Section II : Modes de versement.</i>	132
---	-----

§ 1. Première période. Loi de 1867	132
--	-----

§ 2. Deuxième période. Loi de 1893.	137
---	-----

§ 3. Troisième période. Décret de 1937	145
--	-----

<i>Section III : Qui doit verser et à quel moment ?</i>	147
---	-----

<i>Section IV : Preuve du versement</i>	152
---	-----

CHAPITRE II. — Sort des fonds versés	153
--	-----

<i>Section I : Dépôt des fonds versés.</i>	153
--	-----

§ 1. Situation antérieure au décret de 1937.	153
--	-----

§ 2. Chez qui le dépôt doit-il être fait.	155
---	-----

§ 3. De quelle manière doit-il être effectué.	157
---	-----

§ 4. Risques courus par les fonds versés.	162
---	-----

§ 5. Application en cas d'augmentation de capital	166
---	-----

§ 6. Cas d'échec de la société.	169
---	-----

§ 7. Application dans le temps.	170
---	-----

§ 8. Sanctions d'un dépôt irrégulier.	171
---	-----

§ 9. Critique	173
-------------------------	-----

<i>Section II : Blocage des fonds versés</i>	176
--	-----

<i>Section III : Retrait des fonds versés</i>	181
---	-----

§ 1. Retrait après constitution de la société.	181
--	-----

§ 2. Retrait en cas d'échec du projet de société	189
--	-----

§ 3. Appréciation des nouvelles prescriptions	202
---	-----

TROISIÈME PARTIE

La déclaration notariée.

CHAPITRE I. — Principes généraux.	205
CHAPITRE II. — Pièces à annexer et rôle du notaire.	210
<i>Section I : Situation avant le décret-loi de 1937</i>	210
§ 1. Pièces à annexer.	210
§ 2. Rôle du notaire.	211
<i>Section II : Situation depuis le décret-loi de 1937</i>	214
<i>Sous-section I : Pièces annexées</i>	214
<i>Sous-section II : Rôle et mission du notaire.</i>	214
CHAPITRE III. — Sphère d'application de la déclaration notariée	223
<i>Section I : Application dans le temps</i>	223
<i>Section II : Application en cas d'augmentation de capital.</i>	223
§ 1. Conditions générales	223
§ 2. Transformation de créances en actions.	224
§ 3. Décret-loi du 8 août 1935, concernant le droit préférentiel des anciens actionnaires.	227
CHAPITRE IV. — Sanctions de la déclaration notariée.	230
<i>Section I : Sanctions de droit commun.</i>	230
<i>Section II : Délit de fausse affirmation dans la déclaration.</i>	230
CHAPITRE V. — Vérification de la déclaration de souscription et de versement.	236
CHAPITRE VI. — Responsabilité du notaire rédacteur de la déclaration, et appréciation de son nouveau rôle.	238
<i>Section I : Responsabilité du notaire rédacteur</i>	238
<i>Section II : Appréciation de son nouveau rôle.</i>	241
CONCLUSION.	244

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :